

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



MALENA KATARINE DA SILVA SERRANO

**INVALIDADE DO REGULAMENTO ADMINISTRATIVO EM FACE DO
FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO ENTRE
BRASIL E PORTUGAL**

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LISBOA

2019

MALENA KATARINE DA SILVA SERRANO

**INVALIDADE DO REGULAMENTO ADMINISTRATIVO EM FACE DO
FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO ENTRE
BRASIL E PORTUGAL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo

ORIENTADOR: Professora Doutora Ana Gouveia e Freitas Martins

LISBOA

2019

À minha amada avó. Que mesmo distante sempre se faz presente.

“O tempo passa depressa demais e a vida é tão curta. Então — para que eu não seja engolido pela voracidade das horas e pelas novidades que fazem o tempo passar depressa — eu cultivo um certo tédio. Degusto assim cada detestável minuto. E cultivo também o vazio silêncio da eternidade da espécie. Quero viver muitos minutos num só minuto.”

Clarice Lispector, in 'Um Sopro de Vida'

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por sempre ter me incentivado a enxergar as oportunidades e acolher as mudanças, meus mais sinceros agradecimentos.

À minha orientadora Doutora Ana Gouveia e Freitas Martins, pelo rigor e pelas observações sempre contundentes e objetivas desde as primeiras aulas do Mestrado, sem as quais não teria sido possível desenvolver o presente trabalho.

RESUMO

É premente o desenvolvimento maior do estudo dos regulamentos administrativos e o debate quanto as particularidades de seu regime de Invalidade. Pois a validade ou invalidade de um ato normativo coloca em causa o princípio da segurança jurídica e da conservação dos atos por um lado, e o princípio da juridicidade do outro. Ao que cabe fazer uma ponderação com base na proporcionalidade, considerando os interesses afetados e as consequências que importam para o ordenamento jurídico. Dessa forma a aferição da validade das normas regulamentares é efetuada pelo confronto entre estas e os parâmetros de vinculação do regulamento que se reconduzem em Portugal à lei habilitante. No caso brasileiro é premente a própria consagração do regime da Invalidade dos regulamentos, tendo em vista não haver. No caso português é a elogiosa autonomização da Invalidade dos regulamentos administrativos no Código de Procedimento Administrativo. Que comparativamente às esparsas e indiscriminadas lições da legislação administrativa brasileira, faz ficar evidente o considerável préstimo assente em um regime próprio destinado a estabelecer as regras que regem essa atividade normativa pela Administração. A minúcia nas determinações do que é aplicável ao regulamento e a função que lhes cabe dentro do ordenamento como forma de atuação Administrativa traz incontáveis contributos no âmbito da dogmática referente a essa fonte de direito. Assim como fomenta valiosas conclusões acerca, por exemplo, da discussão em torno da natureza dos regulamentos internos ou mesmo das repercussões da chamada deslegalização e ao papel dos regulamentos independentes ou autônomos. Considerando que a função do regulamento não é reproduzir exatamente os termos da lei. Seria inócuo se assim o fosse. Mas também não lhe cabe adentrar nas reservas legais para interferir em direitos, liberdades e garantias. Ademais, vê-se que a legalidade atualmente, por força do paradigma da juridicidade, é fundamento da ação administrativa num viés positivo-habilitador. E não mais simplesmente enquanto limite da atuação administrativa. Simultaneamente a ideia de que haja uma supremacia política do Legislativo face ao executivo resta superada.

Palavras-chave: Invalidade do Regulamento Administrativo, Poder regulamentar, Brasil, Portugal, direito comparado, Deslegalização, Princípio da legalidade, Regulamento independente, Código de Procedimento Administrativo.

ABSTRACT

A major development of the study of administrative regulations and the debate about the particularities of their Invalidity regime is pressing. For the validity or invalidity of a legislative act calls into question the principle of legal certainty and the preservation of acts in one hand, and the principle of legality on the other. It is appropriate to take a proportionality affected and the consequences that matter to the legal order. In this way, the validity of regulatory standards is assessed by comparing them with the parameters of the regulation that are regrouped in Portugal to the enabling law. In the Brazilian case it is urgent the consecration of the regime of Invalidity of the regulations, in view of not having it. In the Portuguese case is commendable the autonomization of the Invalidity of administrative regulations in the Code of Administrative Procedure. That, in comparison to the scattered and indiscriminate lessons of Brazilian administrative legislation, it is evident the considerable loan based on an own regime destined to establish the rules that govern this normative activity by the Administration. The minutia in the determinations of what is applicable to the regulation and the function that they have within the ordering as a form of Administrative action brings innumerable contributions in the scope of dogmatics regarding this source of law. It also fosters valuable conclusions about, for example, the discussion about the nature of internal regulations or even the repercussions of so-called delegation with standards and the role of independent or autonomous regulations. Considering that the function of the regulation is not to reproduce exactly the terms of the law. It would be innocuous if it were so. But it also has no place in the legal reserves to interfere with rights, freedoms and guarantees. In addition, it is seen that the legality currently, due to the paradigm of juridicity, is the basis of the administrative action in a positive-enabling bias. And no longer simply as a limit of administrative action. At the same time, the idea that there is a political supremacy of the legislative over the executive has been already overcome.

Keywords: Invalidity of the Administrative Regulation, Regulatory power, Brazil, Portugal, comparative law, Delegation with standards, Principle of legality, Independent regulation, Code of Administrative Procedure.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL Agência Nacional de Telecomunicações

CPA Código de Procedimento Administrativo

CPTA Código de Processo dos Tribunais Administrativos

CRFB Constituição da República Federativa Brasileira

CRP Constituição da República de Portugal

LF Lei Fundamental

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

ÍNDICE

RESUMO	6
ABSTRACT	7
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	8
ÍNDICE	9
INTRODUÇÃO	12

Capítulo I

O regulamento administrativo no direito comparado entre Brasil e Portugal

1. Regulamento, Constituição e União Europeia	15
2. Teoria dos Regulamentos	17
2.1. Conceito de regulamento administrativo	17
2.2. A diferença entre o regulamento e a lei	22
3. Poder Regulamentar	26
3.1. Fundamentos	26
3.2. Competência	27
3.3. Regulamentação: poder ou dever?	31
3.4. Omissão regulamentar	34
4. Classificação dos regulamentos	36
4.1. Formas regulamentares mais importantes	36
4.2. Tipos de regulamentos gerais externos	39
4.2.1. Regulamentos executivos	40
4.2.2. Regulamentos complementares	41
4.2.3. Regulamentos autorizados ou delegados	46
4.2.4. Regulamentos independentes ou autônomos	48

Capítulo II

O princípio da legalidade (nova juridicidade) e a deslegalização no direito comparado entre Brasil e Portugal

1. Regulamento como ato normativo adstrito a legalidade	56
1.1. O princípio da legalidade enquanto fundamento do poder regulamentar	56
1.2. Preeminência de lei e Reserva legal	62
2. A Deslegalização	66
2.1. A Crise do princípio da legalidade clássica e o princípio da juridicidade (bloco de legalidade)	66
2.2. O fenômeno da deslegalização (a transferência de matérias restritas ao âmbito legislativo para o poder regulamentar e a autorização legal)	70

Capítulo III

A Invalidade do regulamento administrativo no direito comparado entre Brasil e Portugal

1. O Procedimento Regulamentar	82
1.1. Breves considerações sobre a Lei brasileira nº 9784/99 face ao Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro	82
1.2. As novidades do CPA de 2015 em matéria regulamentar	87
2. Parâmetros de Validade	90
3. A invalidade do Regulamento administrativo no direito português	93
3.1. Nulidade e Anulabilidade	94
3.2. Invalidade do regulamento no CPA	97
3.2.1 O regime da invalidade do regulamento por violação da Constituição	97

3.2.2. O regime da invalidade do regulamento por violação de normas de direito internacional e direito europeu	98
3.2.3. A vinculação dos regulamentos a outros regulamentos	99
3.2.3.1. Invalidade <i>versus</i> Preferencia applicativa	100
3.2.4. Declaração de invalidade	103
3.2.5. Prazos	104
3.2.6. Efeito repristinatório	106
4. A Invalidade do Regulamento administrativo no direito brasileiro	111
4.1. A Concepção pátria	111
4.2. Os artigos 53, 54, e 55 da Lei 9784/99 também se referem ao ato normativo?	117
4.3. O problema da falta de um regime próprio de Invalidade dos regulamentos administrativos no Brasil	121
5. Breves considerações sobre a impugnação da invalidade dos regulamentos	126
 CONCLUSÃO	 127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é preciso asseverar que a presente dissertação, apresentada no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo e Administração Pública da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pretende se pautar por um estudo de direito administrativo comparado entre Brasil e Portugal. Especialmente no tocante a Invalidade do Regulamento administrativo.

No decorrer da análise, ora optamos por comparar ambos os contextos jurídicos simultaneamente. Ora preferimos analisar os subtópicos primordiais de cada ordenamento individualmente. Para em seguida anotar comparações.

A razão disso está em obter uma melhor acepção a respeito de semelhanças e diferenças entre os cenários jurídicos envolvidos. Assim como para manter uma linha de raciocínio coerente.

Nesse sentido, será impreterível analisar os respectivos princípios e regras que norteiam a atividade administrativa de cada país, nos reportando sempre que possível às respectivas Constituições.

E evocando sempre que necessário o princípio da juridicidade, da justiça, da eficiência e da boa administração, para a plena acepção de cada problema suscitado. Inclusive para estabelecer suas correlações com as demais proposições aventadas.

Sempre com foco no intuito central de analisar as implicações, especificidades e atualidades do tema da Invalidade do regulamento administrativo tanto no Brasil como em Portugal. Bem como delimitar as convergências e divergências dos respectivos contextos jurídicos no que toca a matéria.

Para tanto, se desenvolverá de modo afluente a compreensão da recente figura da declaração de invalidade, do regulamento independente, dos parâmetros de validade dos regulamentos, do fenômeno da deslegalização, dos liames do poder regulamentar, do procedimento administrativo, entre outros.

Do mesmo modo, se compreenderá as repercussões práticas das distinções entre lei e regulamento, entre regulamento e ato administrativo, entre nulidade e anulabilidade.

No que tange as fontes de investigação, considerar-se-á para o fim pretendido não apenas exames doutrinários, principiológicos e normativos. Mas também investigações jurisprudenciais e acadêmicas.

Quanto a metodologia opta-se por seguir uma subdivisão em três partes principais. A primeira parte, constituída pelo Capítulo I, aborda, num viés mais conceitual, o Poder regulamentar e os tipos regulamentares em ambos os países.

No Capítulo II suscitamos as diversas problemáticas relativas ao fundamento do poder regulamentar no princípio da legalidade. E sobretudo analisamos o fenômeno da deslegalização no direito comparado.

Por fim, analisamos a fundo no Capítulo III a Invalidade do regulamento administrativo e suas repercussões. Também em ambos os ordenamentos jurídicos.

Nesta terceira parte, aliás, destacamos a recente autonomização do regime dos regulamentos administrativos no Código de Procedimento Administrativo português. Bem como damos ênfase ao problema da falta de regime de invalidade próprio dos regulamentos no direito brasileiro.

Ainda, em breves considerações, esboçamos algum esclarecimento acerca da impugnação da invalidade do regulamento.

Importante mencionar, neste momento, que optamos por não dissecar e não investigar o tópico normalmente referido pela doutrina como “controle do poder regulamentar”.

Pois consideramos que se adentrássemos a questão haveríamos de trata-la com a devida vênia. E assim nos distanciáramos da tônica principal pretendida. Pautada no agir administrativo, na invalidade do regulamento administrativo, na declaração de invalidade do regulamento pela própria Administração, entre outros.

Dessa maneira, embora não estejamos de modo algum negando a relação entre os temas. Por outro lado, assumimos que, no que toca a presente abordagem, discorrer acerca do controle legislativo e judiciário do regulamento e

consequentemente adentrar questões tais como a do controle de constitucionalidade, do processo de fiscalização abstrata sucessiva em Portugal. Ou ainda dos Decretos legislativos brasileiros que obstem o decreto regulamentar no Brasil, faria com que nos delongássemos em demasiado nessa direção. Subvertendo não somente a coerência que se estabeleceu entre os Capítulos, mas vilipendiando a tônica da dissertação.

Isso não impede que no decorrer sejam tomadas notas, por exemplo, no que tange ao contencioso.

Em suma, somente deste modo e a partir das etapas e escolhas mencionadas se vislumbra possível construir uma posição pertinente e ponderada acerca do presente tema.

Vale registrar, ainda, que a análise em pauta apresenta inspiração em obras e contributos científicos renomados de autores que primam por um rigor técnico.

Capítulo I

O regulamento administrativo no direito comparado entre Brasil e Portugal

1. Regulamento, Constituição e União Europeia

A própria noção de direito administrativo tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português pressupõe a prévia organização política do Estado. Este, por seu turno, remonta ao direito constitucional e a premissa do Poder Constituinte como fonte¹ e âmago do poder público.

Ademais, esse axioma traduz na mesma medida uma decorrência direta e inerente do Estado de Direito. Em ambos os países isso está traduzido no princípio da constitucionalidade. Isto é, na vinculação constitucional aos poderes públicos, e, em uma outra perspectiva, no comprometimento da validade de todos os atos jurídico-públicos à Constituição.²

Referido princípio contribui de maneira preeminente na tônica da presente dissertação. Especialmente porque tanto a Constituição portuguesa quanto a Constituição brasileira³ apresentam disposições fulcrais no que tange aos respectivos regimes do regulamento administrativo e ao agir estatal através de atos normativos.

Como salienta Raquel MONIZ em sua extensa digressão acerca dos regulamentos, é adequado afirmar que tal disciplina jurídica, por se constituir ao

¹ Fonte interna primeira (*fons fontis, norma normarum*), ou “modelo aferidor de unidade do sistema jurídico”, segundo Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 209.

² cf. artigo 3.º, n.º 3, da CRP. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201905070227/128084/diploma/indice> Do mesmo modo

³ Por certo, pela rápida comparação dos textos constitucionais é possível identificar a grande inspiração da Constituição Federal Brasileira de 1988 na Constituição portuguesa de 1976.

mesmo tempo fonte de direito e forma de atuação administrativa, se estabelece entre os liames do Direito Administrativo e do Direito Constitucional⁴.

Isso se verifica de maneira ainda mais proeminente quando se insere no contexto a análise da validade das formas de agir da Administração. E sobretudo quando se pretende debater o fenômeno da deslegalização.

A invalidade do regulamento administrativo e a ilustração das incertezas fomentadas pelos seus parâmetros de vinculação devem ser inevitavelmente sublinhados a partir da compreensão do exercício do poder regulamentar.⁵

Ou seja, mandatório percorrer as disposições tanto da CRFB quanto da CRP acerca do poder regulamentar⁶ e transitar pelos limites do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, numa compreensão interdisciplinar do tema.

Soma-se a isso, o fato de que não se pode olvidar a característica de “estadualidade aberta”⁷ da Constituição portuguesa. Bem como a sua relação com o direito internacional⁸ e com o direito da União Europeia.

Relativamente a invalidade dos regulamentos administrativos isso quer significar a necessidade de, no mínimo, se estabelecer uma ponderação para verificar em que medida deve-se contemplar as normas europeias na delimitação dos padrões de aferição da validade dos regulamentos administrativos.⁹

Insta mencionar nesse quesito o posicionamento do Tribunal Constitucional quanto à possibilidade dos regulamentos se basearem em normas comunitárias e internacionais com aplicabilidade direta.

⁴ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 13.

⁵ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 13.

⁶ Motivo pelo qual, preferimos estabelecer a análise do poder regulamentar antes de adentrarmos a questão propriamente dita.

⁷ Ver nesse sentido Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.ª ed. (7.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2001, págs. 85-91.

⁸ Ver Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 229-235.

⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 13.

Como esclarece Ana Raquel Gonçalves Moniz:

“Na verdade, e tal como sublinhou já o Tribunal Constitucional, o princípio da precedência da lei já não exige que a norma habilitante para a emissão de um regulamento conste de um acto legislativo (nos termos jurídico-constitucionalmente cunhados pelo nº 1 do artigo 112º da Constituição). [...] Trata-se de um especialmente relevante no âmbito do direito europeu, onde os regulamentos comunitários possuem <nível legislativo> (hoc samsu), e enquanto dotados de aplicabilidade directa, prescindem de qualquer acto de transposição para os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.”¹⁰

O que se pode extrair de relevante da possibilidade de normas (regulamentares) nacionais serem emitidas a fim de promover a boa execução de normais europeias, consiste na observação de que existe aqui uma relação de “prevalência ou de prevalência aplicativa”.

Para Ana Raquel Gonçalves Moniz essa relação “*não determina a invalidade das normas nacionais quando as mesmas contrariem o disposto em normas comunitárias.*”¹¹

Admitida a hipótese cunhada pela autora isso se traduz no fato dos regulamentos nacionais se constituírem também como forma do exercício da Administração europeia.¹²

Esse debate, no entanto, será melhor explorado no tópico “Invalidade versus Preferência aplicativa”.

2. Teoria dos Regulamentos

2.1. Conceito de regulamento administrativo

¹⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, págs. 13-14.

¹¹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 15.

¹² O que pode levar a discussões acerca da existência um “direito terciário”, no momento pouco relevantes para o foco que se pretende adotar. Embora importante considerar o diálogo entre as referidas ordens jurídicas.

Para a maior parte da doutrina brasileira, e especialmente a partir das análises provenientes da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regulamento se faz necessário no contexto no qual uma lei pressupõe, para sua própria e adequada execução, uma relação administrativa que comporta uma dada discricionariedade. Para o ilustre doutrinador, isso ocorre sob duas hipóteses.

A primeira quando se faz necessário o estabelecimento de normas procedimentais para orientar a conduta de órgão e agentes administrativos¹³.

A segunda, quando se admite que os órgãos possam adotar medidas diversas entre si, ante uma mesma regra legal e perante situações idênticas. Relativamente no caso em que a lei, por sua abstração e generalidade, apresenta intelecções pouco compreensivas.¹⁴

Nesta segunda hipótese, o regulamento garantiria a isonômica aplicação da lei, oferecendo segurança jurídica ao âmbito das relações referidas ao esclarecer a conduta legal exigida diante de situações mais específicas do caso concreto.¹⁵

O doutrinador brasileiro Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, salienta, quanto a isso, que nessas situações não se está diante de regulamento autorizado ou delegado, mas sim regulamento de execução conforme preceitua a Lei Fundamental brasileira. Na mesma esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“[...] pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.”*¹⁶

¹³ “Orientar” aqui no sentido cunhado por Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, quando afirma que os regulamentos executivos a Administração estabelece “as regras orgânicas e processuais” para boa execução da lei. Conforme, Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 369. Nota de rodapé 27.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 370.

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 371. Nota de rodapé 29.

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 351.

O regulamento no Brasil estaria então adstrito a um caráter subordinado e dependente de lei. Assim, ainda que admitida a exceção trazida pelo art. 84 VI, CFRB, para o autor apenas a existência de regulamentos executivos estaria de fato reconhecida.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defende:

“O regulamento previsto no art. 84, VI, é uma limitadíssima exceção, e apresenta uma fisionomia toda ela peculiar. [...] e que, por se constituir em uma única e restritíssima hipótese que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil, não justificaria fosse lembrada a todo momento, para advertir-se que naquela singularíssima hipótese o regime não é exatamente igual ao da generalidade dos regulamentos.”¹⁷

Ocorre que, como na Itália, na Espanha, França e em Portugal, também no Brasil cabe ao Presidente da República exercer atividade normativa decorrente de atribuição, assim como de delegação.¹⁸

Tal função normativa pode ser pautada por uma inovação no ordenamento jurídico (a exemplo da lei delegada e da medida provisória). Como pode dar fruto a atividades normativas secundárias. Ou seja, aquelas que, a exemplo do regulamento, via de regra, tem como característica não inovar.¹⁹

Com efeito, apesar disso, no caso brasileiro soma-se à previsão dos regulamentos executivos (contida no art. 84, inciso IV²⁰, da Constituição de 1988), a famosa exceção do art. 84, inciso VI²¹.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 352.

¹⁸ Nesse sentido Carlos Eduardo PUGLIESI, *O controle dos regulamentos administrativos em Portugal e no Brasil*, em curso de aperfeiçoamento conducente ao Mestrado, Faculdade de Direito, Lisboa, 2003.

¹⁹ Miguel MARTINHO, *A afectação de direitos, liberdades e garantias por regulamentos administrativos*, em relatório, Mestrado, Faculdade de Direito, Lisboa, 2008.

²⁰ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

²¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Em Portugal, por sua vez, a previsão constitucional mais relevante relativa aos regulamentos concentra-se nos artigos 112º, nº 7 e nº 8, 199º, c), 227º, d), e 241º CRP.²²

A ideia de regulamento segundo parte da doutrina portuguesa carrega três elementos primordiais. No que se refere ao elemento no plano material está o viés de norma jurídica, dotada de abstração²³ e generalidade²⁴ enquanto regra de conduta social. Diferentemente do que ocorre com o ato administrativo, como veremos infra.²⁵

De maneira semelhante, José Carlos Vieira de Andrade caracteriza o regulamento como norma geral e abstrata, e de execução permanente, voltada a destinatários indeterminados e a situações indeterminadas.²⁶

Já Ana Raquel Gonçalves Moniz, o realça o tanto sob a perspectiva de fonte de direito, como sob a perspectiva de forma de atuação administrativa de autoridade. A compreensão dessas duas dimensões constantes da figura regulamentar é de suma importância. Tendo em vista que o regulamento constitui uma forma de agir da Administração que vincula não somente os seus destinatários, mas também a posterior atuação administrativa.²⁷

O regulamento ainda é tradicionalmente definido como ato normativo com valor infralegal²⁸, emanado por entidades administrativas²⁹ no exercício de suas funções.³⁰

²² Os dispositivos em questão serão observados com mais minúcia em momento mais adequado. Da mesma forma também as previsões constitucionais que conferem competência regulamentar a entes específicos.

²³ No sentido do fato do comando regulamentar se aplicar a uma ou mais situações definidas pelos elementos típicos constantes da previsão normativa.

²⁴ No sentido de uma pluralidade de destinatários, definidos através de conceitos ou categorias universais.

²⁵ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.149.

²⁶ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 144. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/43588/1/Li%C3%A7%C3%B5es%20de%20Direito%20Administrativo-5a.pdf>

²⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2.^a ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 325. Ver também Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português* (Algumas Questões)», in: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXX, 2004, págs. 483 e ss.

²⁸ Entende-se que possui força de regulamento. Nesse sentido “a força jurídica do regulamento: o regulamento como forma de autovinculação administrativa” ver Ana Raquel

E uma vez tido como norma jurídica é correto afirmar que contém “*critérios de decisão e padrão de comportamento*”³¹.

Outrossim, quanto a sua emissão ser realizada no exercício da função administrativa, interessante observar as escolhas de Afonso Queiró ao designar que a “função administrativa”:

*“[...] se caracteriza pela prossecução, com uma intenção de realização concreta, de fins colectivos heteronomamente definidos, fins esses que decorrem do interesse último de qualquer comunidade politicamente organizada: a realização da paz segundo uma ideia de justiça.”*³²

Para efeitos do CPA, o conceito de regulamento, conforme dispõe o art. 135º deste regramento, consiste em “*normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos.*”

Das lições de José Carlos Vieira de Andrade verifica-se a característica infralegal dos regulamentos³³, bem como sua emanação por órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa.³⁴

O autor, destaca, no entanto (a partir de uma visão mais ampla, se comparada à que já se observou até então), que a atividade regulamentar pode se dar no

Gonçalves MONIZ, *Regulamentos e Autovinculação Administrativa* – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3.11.2005, P. 239/05», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 59, Setembro/Outubro 2006, págs. 24 e ss.

²⁹ Atualmente por entidades administrativas não se pode entender apenas pelos sujeitos dotados de personalidade jurídico-pública (pessoas coletivas públicas). Segundo Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 327.

³⁰ Ver Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.

³¹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, 2016, pág. 325.

³² Afonso QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000, pp. 75 e ss.

³³ No que toca o valor infralegal do regulamento e o seu papel no plano das fontes de direito, este será melhor diferido em momento subsequente, tendo em vista a valia de tal característica para a tese que se pretende desenvolver. Ver Afonso QUEIRÓ, *Teoria dos Regulamentos*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXVII (1ª série), pág. 1 e ss., e ano 1.º, 2ª série, pág. 5 e ss.

³⁴ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 143. Ver também José Carlos Vieira de ANDRADE, *O ordenamento jurídico administrativo português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, págs. 58-68;

âmbito da organização dos serviços administrativos. Isto é, na disciplina do funcionamento da administração ou no âmbito das relações jurídicas entre entes públicos e particulares, entre entes públicos e entre particulares.³⁵

Ora, esta última categoria de regulamento se situa num espaço normativo bastante peculiar. Seja porque pretendem, em regra, se ocupar dos pormenores daquelas matérias mais técnicas e sensivelmente mutáveis das quais não deveria se ocupar o legislador. Seja porque ao mesmo tempo se exige um nível de segurança jurídica, previsibilidade e transparência maior do que o reservado ao escrutínio do decisor no caso concreto.³⁶

Oportuno dizer neste ponto que em Portugal não há uma reserva constitucional de regulamento. Assim, tendo o Governo poder de legislar sobre quaisquer matérias, é comum que o espaço regulamentar estadual esteja repleto de “decretos-leis regulamentares”.³⁷

2.2. A diferença entre o regulamento e a lei

No direito brasileiro a diferenciação entre a lei e o regulamento vai além da simples discriminação baseada no fato de que o regulamento está subordinado a lei e que esta última é proveniente do Legislativo enquanto o outro do Executivo.

Para alguns³⁸, o ponto essencial para prosseguir a individualização de lei e regulamento reside no carácter inovador da lei frente ao ordenamento jurídico. Ao passo que o regulamento, em regra, é reservado a categoria de fonte secundária.³⁹

³⁵ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 143. Disponível em:

³⁶ É sobretudo essa característica que torna o Regulamento administrativo uma espécie normativa tão interessante de se debruçar. Justamente por se situar num verdadeiro limbo entre o que se considera não pertencente aos diplomas legais, mas ao mesmo tempo suficientemente carecido e digno de previsibilidade. Isto é, carente de conteúdo que deva reverberar igualdade e transparência.

³⁷ Primeiro porque estes disciplinam aspectos secundários ou pormenorizados dos regimes jurídicos. E segundo porque as leis, ao disciplinarem as bases gerais dos regimes, determinam que a respectiva regulamentação se faça sob a forma de decreto-lei. Ver José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 143.

³⁸ Com base também nos pensamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO.

³⁹ Seabra FAGUNDES, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pág. 373.

Quando falamos do direito português, Freitas do Amaral fornece a diferenciação mais adequada entre lei e regulamento. Na medida em que salienta de antemão que não há como se delimitar um contorno técnico-jurídico linear e absoluto de conceituação. Pois os fatores históricos e político-administrativo cumprem um imprescindível papel que não pode ser ignorado.⁴⁰

Isso, entretanto, não impediu que tentativas de distinção fossem delineadas pela doutrina estrangeira.⁴¹

Em suma, a escola clássica francesa tradicionalmente focava a distinção na assertiva de que a lei estaria pautada na formulação de princípios, enquanto os pormenores estariam reservados ao regulamento. Mas nada impede que haja princípios e pormenores em um e em outro.⁴²

Já o entendimento da escola alemã, seguida no direito português por Marcello Caetano⁴³, traz um segundo critério que apesar de reconhecer similitudes entre a lei e o regulamento no plano material, por outro lado, considera possível distingui-los com base na falta de novidade do regulamento em comparação a lei.⁴⁴

Veremos que esse critério de diferenciação encontra obstáculos na existência dos regulamentos independentes ou autônomos, uma vez que a eles é permitido inovar sem vínculo a uma lei prévia, além da lei de habilitação. Ou seja, criam direito, inovam tanto quanto uma lei inovaria⁴⁵, servindo para além de "*dinamizar a ordem jurídica*"⁴⁶.

⁴⁰ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.160.

⁴¹ *Idem*

⁴² Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.160.

⁴³ E em consonância com a diferenciação proposta pelo autor brasileiro Celso Antônio Bandeira de MELLO.

⁴⁴ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.160.

⁴⁵ Há, segundo Freitas do AMARAL, a possibilidade de serem tão inovadores a ponto de serem diferentes e contraditórios de município para município no âmbito da Administração autônoma. Por exemplo, no caso das posturas de trânsito. Ver Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.161.

⁴⁶ Seguimos a linha de Marcello Caetano quando afirmam que esses regulamentos se destinam a dinamizar a ordem jurídica. Por outro lado, também concordamos com Freitas do AMARAL quando afirma o viés inovar envolvido.

Assim, nenhuma das tentativas de diferenciação de lei e regulamento citadas estão de fato em harmonia com o que acontece, por exemplo, com o regulamento chamado independente. Não se mostram suficientemente precisas a ponto de poderem ser aplicadas a totalidade dos tipos regulamentares.

Existe ainda um terceiro critério que tem por base tão-somente o plano formal e orgânico e a posição hierárquica dos órgãos do qual emanam a lei e o regulamento. Segundo este critério:

“[...] é lei todo o ato normativo que provenha de um órgão com competência legislativa e que assuma a forma de lei; é regulamento todo o ato normativo dimanado de um órgão com competência regulamentar e que revista a forma de regulamento, ainda que seja independente ou autónomo e, por conseguinte, inovador.”⁴⁷

Isto é, ele parte do pressuposto de que ambos, tanto lei quanto regulamento, são normas jurídicas e o que os diferencia basicamente é o valor formal que possuem.

Interessante, nesse sentido, é que, a Constituição da República Portuguesa atribui ao Governo tanto competências normativas de carácter legislativo quanto regulamentar⁴⁸, senão vejamos:

CRP, art. 198º, n.º 1, alínea a):

"Artigo 198.º (Competência legislativa)

1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas:

a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República;'

E CRP, art. 199º, alínea c):

"Artigo 199.º (Competência legislativa)

Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas:

c) Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis;''

⁴⁷ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.161-162.

⁴⁸ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.161.

A este respeito Freitas do Amaral acrescenta que:

*“Em cada área normativa pode haver uma parte legislativa e uma parte regulamentar, mas a proporção em que isso acontece depende essencialmente da lei. Esta tanto pode esgotar a regulamentação da matéria, consumindo o regulamento (pois não existe reserva de regulamento), como pode, diferentemente, limitar-se a diferir para regulamento de certa entidade a tarefa de regulamentação material do assunto.”*⁴⁹

Então, a delineação desse quadro depende da lei.

Precisamente neste ponto vê-se que a distinção entre lei e regulamento não se limita a uma mera conceituação, mas importa numa relevante questão quanto as fontes de direito.⁵⁰

A distinção acarreta repercussões, tais quais, o fato de que a lei pode revogar o regulamento, mas o inverso não ser possível. Sendo o regulamento inclusive ilegal se a contrariar.⁵¹

Ou ainda, o fato de que, em Portugal, por exemplo, os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar. Ou, no caso de regulamentos independentes, as leis que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão (art. 136º CPA c/c art. 112º, nº 7 da CRP).

3. Poder Regulamentar

3.1. Fundamentos

No Brasil o fundamento - entendido aqui como o porquê - da previsão constitucional do regulamento administrativo, está voltado para a necessidade de que os órgãos administrativos intervenham para o devido cumprimento das leis, sem

⁴⁹ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de ...*, 2006, pág.161.

⁵⁰ Nesse sentido, Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 365.

⁵¹ Em Portugal se o regulamento for considerado contrário a uma lei será declarado ilegal, impugnável administrativa e contenciosamente, com fundamento em ilegalidade propriamente dita (Ou mesmo com fundamento na violação de um regulamento que devia ter sido respeitado. A exemplo da contradição de um regulamento de uma freguesia com o regulamento de um município), ou excepcionalmente, perante o Tribunal. Ver artigos 280º, nº 2, b), 281º, n.º 1, c), e 282º, n.º 1 e 2, da CRP. Conforme Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito ...*, 2006, pág.162.

que para isso devam predeterminar exaustivamente a forma exata da atuação administrativa pressuposta.⁵²

Assim entende Celso de Mello e outros administrativistas brasileiros, nomeadamente, quanto ao fato do ato normativo de caráter complementar exigido do Executivo ter por escopo regras atinentes “à *organização e ação do Estado, enquanto poder público*”⁵³ e dessa forma, estarem a ofício dos princípios institucionais legalmente reconhecidos sejam eles expressos ou implícitos.⁵⁴

Consonante fundamento pode aferido no direito administrativo lusitano. Tomamos mais uma vez as palavras de Freitas do AMARAL, que resume três vertentes para o fundamento do poder regulamentar em Portugal.

A primeira está respaldada na impossibilidade de o legislador estar a par dos pormenores da vida social e de prever os casos concretos de maneira absoluta ou completamente. A segunda assume que o poder regulamentar vem à tona diante de uma impossibilidade de aplicação rigorosa do princípio da separação de poderes. E a terceira afirma que ele se está Constituição portuguesa e na lei⁵⁵.

Isto posto, pode-se dizer que no Brasil e em Portugal, *grosso modo*, sem embargo de por vezes o direito administrativo português caracterizar-se pela especificidade mais enunciada e um rol maior de princípios em relação ao direito administrativo brasileiro, os intuitos e propósitos da atuação administrativa através de regulamentos tendem a ser os mesmos.

3.2. Competência

⁵² Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*..., 2014, pág. 359.

⁵³ Oswaldo A. Bandeira de MELLO. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pág. 359.

⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 359.

⁵⁵ Ainda que existam hipóteses, como a do regulamento interno e a do regimento dos órgãos colegiais, nas quais há poder regulamentar sem que A CRP e a lei o prevejam. Para o autor os fundamentos seriam o poder de direção do superior hierárquico e o poder de auto-organização, respectivamente.

Em Portugal a competência regulamentar pertence ao Governo como prevê o art. 199º, c) e g) da CRP⁵⁶. Às Regiões Autônomas, conforme art. 227, nº 1, alínea d), CRP⁵⁷.

Compete também às Autarquias Locais, por força do art. 241º da CRP. À Assembleia Legislativa, consoante 232º, nº 1 CRP. Ao Governo Regional, art. 231º, nº 6, CRP⁵⁸. E, por fim, aos Institutos Públicos, as Associações Públicas e as entidades administrativas independentes⁵⁹, nos termos das respectivas leis orgânicas ou estatutos.⁶⁰

A natureza da competência regulamentar possui um viés orgânico pelo fato de ter como habilitado um órgão de uma pessoa coletiva pública, integrante da Administração Pública.⁶¹

Possui, além disso, um viés de natureza funcional, tendo em vista ser emanado no exercício do poder administrativo.⁶² A ressonância disso se insere no fato de a atividade regulamentar estar intrinsecamente ligada⁶³ à atividade legislativa e política.⁶⁴

Já a competência regulamentar na Constituição brasileira é privativa do Presidente da República e está disposta no art. 84, IV. O qual prevê que a este incube: *“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”*.

⁵⁶ Devendo esta ser exercida pelo ministro da pasta respetiva (art. 201º nº 2, a) CRP). O regulamento do Governo, apesar de poder assumir a forma de decreto regulamentar, há outras formas nas quais pode ser revestido. Isso dependerá do órgão que atua e a ordem de preferência intencionada.

⁵⁷ Os seus estatutos determinam a forma dos seus regulamentos.

⁵⁸ Reveste forma de decreto regulamentar regional.

⁵⁹ A competência regulamentar na verdade cabe aos seus órgãos dirigentes e não reveste forma regulamentar especial.

⁶⁰ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 177-181.

⁶¹ Embora também podendo ser exercido por entidades que dele façam uso, inclusive entidades privadas.

⁶² O autor sobreleva o cenário em que se está em causa órgãos não exclusivamente pertencentes à Administração, a exemplo do Governo ou Assembleias Legislativas Regionais.

⁶³ O autor usa a palavra “subordinada”, mas aqui preferimos não descomedir-nos na verificação. Ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português* (Algumas Questões), in: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXX, 2004, págs. 483 e ss.

⁶⁴ Diogo Freitas do AMARAL, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª reimpressão, Almedina <https://psicanalisarodireitoadministrativo16b.blogs.sapo.pt/o-regulamento-administrativo-20637>

Isso está fundado no pressuposto de que o cumprimento adequado de determinadas leis requer uma interferência dos órgãos administrativos.⁶⁵

É também neste artigo, mas em seu inciso VI, alínea a), onde está assentada a previsão da competência constitucional de regulamento autônomo no direito brasileiro. *In verbis: “competete ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre: organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.”*

À primeira vista, podemos perceber que no direito brasileiro a competência regulamentar, por ser privativa, está bastante restrita ao Presidente da República. Diferentemente do que ocorre com os regulamentos independentes ou autônomos no direito europeu.⁶⁶

Também ao revés do que ocorre no direito europeu, no Brasil a Constituição acaba por não ser conceder ao Chefe do Executivo o real poder de dispor a respeito de organização e funcionamento da Administração Federal através de decreto regulamentar. Pois, tendo em consideração que ao Presidente da República não é permitido extinguir órgãos tampouco interferir em aumento de despesa⁶⁷, resta forçoso afirmar que este está de fato fazendo uso de um decreto autônomo.

Para Celso de Mello, a competência contida no art. 84, VI, a), é uma falácia meramente criada para servir a uma composição interna de órgão e competências já criados por lei, e que em nada se parece com a amplitude existente nos regulamentos independentes ou autônomos europeus.

Motivo pelo qual, à semelhança do autor supra, há quem afirme que no país não existe de fato a expedição de regulamentos autônomos, nem tampouco dos chamados regulamentos “autorizados” ou “delegados”⁶⁸.

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 359.

⁶⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 350.

⁶⁷ Ao Presidente cabe na verdade apenas transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores. Ou redistribuir atribuições preexistentes em dado órgão, passando-as para outro, desde que sejam apenas algumas das atribuições dele - pois, se fossem todas, isto equivaleria a extinguir o órgão. Celso de Mello 350

⁶⁸ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág.352. Nota de rodapé 3.

Sucedee que o sentido da competência regulamentar no Brasil é tido⁶⁹ a partir do que preleciona o art. 84, IV, e não através de suas exceções. O poder regulamentar do Governo de fato se encontra bastante limitado a edição de atos normativos a serviço da fiel execução da lei.⁷⁰ Estando o poder regulamentar independente ou autônomo mais presente no âmbito das chamadas Agências Reguladoras.

Tal conjuntura parece-nos, a princípio, possuir alguma relação com o fato de que, além de possuir uma “Constituição rígida”⁷¹, ou seja, um sistema tradicionalmente pautado por formalismos, o Brasil conta com uma doutrina que por vezes se mostra demasiado conservadora e defensora de uma ideia clássica de legalidade e de Estado de Direito.

Nessa acepção, Pontes de Miranda, apoiado por grande parte da doutrina brasileira:

*"Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei".*⁷²

Ainda no encadeamento da competência privativa do Presidente da República no Brasil, insta mencionar o que, de maneira intrigante, estabelece o parágrafo único do art. 84 CRFB.

⁶⁹ O que não quer significar que corroboramos com isso. Frisa-se que aqui afirmamos que “é compreendido pela maioria” e não que “deva ser compreendido” assim.

⁷⁰ Veremos que o poder regulamentar independente exercido pelas chamadas Agência reguladoras no Brasil não se enquadra nessa caracterização.

⁷¹ Considera-se rígida a Constituição que determina procedimento especial e solene para a sua modificação, e que, assim, não admite ser alterada da mesma forma que as leis ordinárias.

A Constituição Federal brasileira é rígida, pois determina uma forma solene de alteração, que será através de Emenda Constitucional aprovada em dois turnos, por 3/5 dos membros das duas casas do Congresso Nacional (Art. 60, 2º, Constituição Federal). Diversamente das Leis Ordinárias que são modificadas em único turno, por maioria simples e da Lei Complementar, por maioria absoluta, além das hipóteses que a Constituição prevê a iniciativa restrita. Nesse sentido Paulo BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros editores. 2009. E Pedro LENZA. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

⁷² Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 353. Nota de rodapé 6.

“Art. 84 [...] Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”

Esta redação permite a delegação das atribuições contidas em seus incisos VI, XII⁷³ e XXV⁷⁴.

Ou seja, nele incluído justamente a hipótese de decreto autônomo do inciso VI, a). Vejamos:

“Art. 84 [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

Mas, em que pese a sua literalidade suscitar dúvidas, especialmente por insinuar a delegação de atribuições eminentemente pertencentes a Administração Pública Federal ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, é preciso interpretá-lo sob um ângulo restritivo e com base nos diversos posicionamentos jurisprudências⁷⁵ surgidos em função dessa imprecisão legal.

No tocante ao inciso VI alínea b), insta mencionar que não se trata de função regulamentar, mas típico ‘ato de efeitos concretos’.⁷⁶

Atualmente o entendimento consiste em que as atribuições delegadas ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União hão de respeitar o âmbito das suas respectivas competências.

Isto é, no caso de haver cargo vago no âmbito da Advocacia Geral da União, a extinção do cargo mediante decreto poderá ser delegada ao Advogado-Geral da

⁷³ Art. 84 XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.

⁷⁴ Art. 84 XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

⁷⁵ Nesse sentido: RE 633.009 Ag R, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-9-2011, 2ªT, DJ E de 27-9-2011. = RE 608.848 Ag R, rel. min. Teori Zavascki, j. 17-12-2013, 2ªT, DJE de 11-2-2014. Assim como: RMS 25.367, rel. min. Ayres Britto, j. 4-10-2005, 1ªT, DJ de 21-10-2005. = RMS 24.619, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2011, 2ªT, DJ E de 22-11-2011.

⁷⁶ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 92.

União. Da mesma forma, no caso de haver cargo vago no âmbito da Procuradoria Geral da República a sua extinção mediante decreto poderá ser delegada ao Procurador-Geral da República.

Sendo assim, o parágrafo único do art. 84 não confere poder regulamentar autônomo ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União tampouco autoriza que atuem na Administração Pública Federal como um todo (alínea a), mas apenas no âmbito da sua respectiva competência através de verdadeiros “ato de efeitos concretos”.⁸⁸

3.3. Regulamentação: poder ou dever?

Não obstante a consolidada referência a competência regulamentar como sendo um “poder”, na opinião de alguns autores⁷⁷, referir-se à incumbência regulamentar como tal constituiria um equívoco crasso. Pois essa função atribuída ao Chefe do Executivo consistiria num dever regulamentar.

Tal perspectiva se justifica sobretudo com respaldo no argumento segundo o qual algumas leis não só demandam e exigem regulamentação, como dependem dessa ulterior complementação pelo regulamento para que tenham uma boa execução. Assim, a competência regulamentar não se traduziria numa disposição imbuída de mero caráter facultativo.⁷⁸

Celso de MELLO preleciona nessa lógica:

*“[...] toda competência administrativa é um “dever” de praticar o ato idôneo para atendimento da finalidade protetora do interesse público, isto é, da coletividade. Tal desempenho implica o exercício de um poder, o qual, bem se vê, é meramente ancilar, instrumental, deferido como requisito insuprimível para que seu titular possa desincumbir-se do dever posto a seu cargo e delimitado, caso a caso, por esta mesma razão que o conforma.”*⁷⁹

⁷⁷ E aqui destaca-se mais uma vez a enunciação de Celso Antônio Bandeira de MELLO, por ser um dos poucos autores de direito administrativo brasileiro a reservar um espaço de debate relativamente amplo acerca dos regulamentos.

⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de...*, 2014, pág. 361.

⁷⁹ *Idem*

Neste ponto o autor sustenta que o poder, nesse caso, seria uma consequência do dever. Pois não se determinam deveres dos administrados em prol da satisfação do poder da autoridade, mas ao contrário, se determinam os deveres da Administração em prol dos administrados.

Em sua linha:

“[...] no Estado de Direito não se instituem os distintos deveres dos administrados para dar satisfação ao poder da autoridade, mas, reversamente, instituem-se deveres das autoridades de bem servirem ao interesse dos administrados, o que demanda a disponibilidade dos poderes necessários para que possam desincumbir-se deste mister.”⁸⁰

Razão pela qual descarta a possibilidade da utilização da expressão poder-dever regulamentar.

Concordamos com seu pensamento, na medida em que a ideia de função administrativa é de fato indissociável da ideia de um dever de servir ao interesse coletivo através de atos idôneos e dotados, portanto, de uma finalidade precipuamente pública.

Ao mesmo tempo criticamos a retórica por vezes demasiadamente simplificada no sentido de reduzir o significado da função administrativa a um mero servir ao administrado. O estudo científico não pode se sujeitar a limitar o debate de ideias sob pena de conformar-se numa mera exposição pedagógica. Tampouco pode se submeter a problematizar e confundir o diálogo para criar uma narrativa interessante sob pena de se tornar ininteligível.

Preferível então que enxergássemos de uma maneira complexa essa relação poder-dever na linha de Pedro GONÇALVES:

“Uma norma que se dirige aos cidadãos para lhes impor deveres administrativos, cujo cumprimento cabe à Administração fiscalizar e cujo incumprimento lhe cabe punir, é uma norma de Direito Administrativo; é, de resto, uma norma que, afinal, também se dirige à Administração, investindo-a de competências de fiscalização e de competências sancionatórias.

⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 362.

Por outro lado, a norma que atribui aos cidadãos um poder de exigir uma ação da Administração (v.g., realização de uma prestação, prática de um ato administrativo) é, claro, também uma norma de Direito Administrativo, que impõe à Administração um dever de prestar ou de decidir.”⁸¹

Nesse diapasão, mais compatível com o Estado de Direito está o entendimento seguido por Vanessa Vieira de Mello⁸², ao dar preferência a utilização do termo "competência regulamentar", ao invés de "poder regulamentar" ou "dever regulamentar" ou mesmo "poder-dever regulamentar".⁸³

Principalmente porque, acrescenta-se a isso, a simples dedução de que caso se tratasse de um mero poder não estaríamos hoje diante de institutos que se prestam a prevenir a omissão regulamentar. Isto é, não haveria a necessidade de suprir ou prevenir a ausência de regulamentação caso esta fosse uma faculdade do Ente público.

3.4. Omissão regulamentar

Quanto a omissão regulamentar no Brasil necessário observar, primeiramente, o descumprimento de dever jurídico previsto no art. 5º, LXXI CRFB. Ora:

“Art. 5º LXXI CRFB - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

⁸¹ Pedro GONÇALVES, *Funções e Valores do Direito Administrativo*, pág. 451. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~pgon/PDF/FuncoesValoresDA.pdf>

⁸² Vanessa Vieira de MELLO, *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Dialética, 2001, pág. 45.

⁸³ No decorrer da dissertação, todavia, adotamos ora poder regulamentar ora competência regulamentar propositalmente e por meras razões práticas de se criar uma atmosfera mais próxima e verossímil com a utilização doutrinária habitual tanto no cenário jurídico português quanto no brasileiro. Embora estejamos, de fato, imbuídos a concordar que mais apropriado seria utilizar-se tão-somente da expressão “competência regulamentar”.

E depois, o art. 85, VII⁸⁴, também da Constituição brasileira, considera, além disso, "crime de responsabilidade" os atos do Presidente que atentem "*contra o cumprimento das leis (...)*".

Assim, frustrar a execução de uma lei no Brasil é descumpri-la por omissão.⁸⁵

No Brasil, aliás, a autorização dada ao Executivo para regulamentar a lei deve necessariamente prever também um prazo para que seja expedido o ato de regulamentação.

O ato regulamentar seja na figura do decreto regulamentar ou do regulamento, configura uma espécie de condição suspensiva para que a lei se torne exequível. O desrespeito ao respectivo prazo exarado tem como consequência a chamada omissão regulamentar.

O mesmo acontece nesse aspecto com o caso português, que no art. 137º do seu Código de Procedimento Administrativo prevê prazo expresso de 90 dias para a regulamentação da lei. Constituindo principal expressão da reação administrativa contra a inércia regulamentar no país.⁸⁶

Segundo as palavras do estudioso brasileiro Alexandre Magno Fernandes Moreira:

"[Aceitar] a omissão em regulamentar (...) em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Executivo o poder de legislação negativa, ou seja, de permitir que a inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a separação de poderes."

Felizmente a questão não se limita a simplesmente deixar ao alvedrio do administrador a exequibilidade da lei, tampouco aquiesce a uma furtiva delegação de poderes entre Legislativo e Executivo. Pois caso o prazo seja superado sem a edição da regulamentação necessária para a adequada aplicação da lei, ainda

⁸⁴ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

⁸⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 362.

⁸⁶ Quanto a Declaração de ilegalidade por omissão ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 242 e ss. Quanto a Omissão regulamentar ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 320 e ss.

assim existirá a possibilidade de que os direitos nela contidos sejam garantidos no caso concreto.

Isso é possível tendo em conta que os titulares dos direitos em pauta poderão se utilizar do Judiciário a fim de obter decisão favorável que de certa forma “supra a ausência do regulamento”. Decisão que lhes propicie os direitos que teriam sido garantidos caso a respectiva lei tivesse sido regulamentada.

Também o direito português, com a recente modificação do CPA, traz notável aperfeiçoamento em matéria de regulamentos administrativos a partir da previsão da figura da omissão regulamentar.

Mas antes mesmo das indelévels modernizações trazidas pelo CPA, é bem verdade que já a partir da redação do artigo 77º do CPTA se tratava de impugnação judicial a omissão de normas regulamentares em Portugal. Justamente a partir de uma decisão¹⁴ proferida tendo em conta os pressupostos deste artigo se consagrou a declaração de ilegalidade por omissão de normas regulamentares¹⁵.

Aliás, a omissão regulamentar do artigo 77º do CPTA deve se referir a uma ausência de regulamentação cujo conteúdo seja imprescindível a execução da lei.

Esse pressuposto é tido a partir de duas perspectivas. Quais sejam: a da “necessidade de regulamento”, que em suma seria a obrigação de compor os elementos faltantes para a aplicação adequada da lei e dos respectivos desígnios do legislador para aquela norma; e a da “autorização regulamentar”, que, por sua vez, consistiria na exigência de regulamentar em virtude do prazo decorrido para tal.

Ora, à primeira vista pode parecer que a questão da omissão regulamentar já estava mais do que assente e definida no direito português. Mas é somente com a recente edição do novo CPA que se passa a deliberar a prevenção da omissão regulamentar e da outrora inevitável via contenciosa. Através da previsão da possibilidade de peticionamento por parte dos particulares interessados à Administração.

É assim que o novo instituto permite o que se designa como uma espécie de reação pré-contenciosa à falta de regulamentação da lei.

No que tange ao que propriamente afirma o art. 137º do CPA, a previsão vai no sentido de que na falta de fixação legal, em regra, os regulamentos do tipo execução¹⁸ deverão ser emitidos no prazo equivalente a 90 dias a contar do ato legislativo.

A visão de Ana Raquel Gonçalves Moniz⁸⁷ consiste em que este artigo constitui ao mesmo tempo um complemento e uma alternativa a declaração de ilegalidade por omissão disposta no art. 77 do CPTA.

Todavia a autora afirma que deve se proceder a uma interpretação extensiva para ampliar o conceito de omissão ilegal as hipóteses em que o regulamento é indispensável a aplicação de uma norma de direito da União Europeia.

A nosso ver, é preciso ademais observar o que preceitua os artigos 178º e ss. do CPA, especialmente quanto aos princípios ali expressos.⁸⁸

4. Classificação dos regulamentos

4.1. Formas regulamentares mais importantes

Em Portugal os regulamentos do governo se revestem necessariamente pela forma de decretos regulamentares quando sejam independentes, isto é, quando correspondam àqueles previstos no artigo 136.º n.º 3, do CPA⁸⁹ e no artigo 112.º, n.º 6, da CRP.

Também adquirem forma de decreto regulamentar aqueles regulamentos regionais a que se atribui maior relevância⁹⁰. Os regulamentos das autarquias e os demais provenientes de entes institucionais e corporativos não adquirem forma solene ou específica⁹¹, e os regulamentos locais de polícia adquirem forma de posturas.

⁸⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, 2016, pág. 242.

⁸⁸ Ver art. 178º e ss. e art. 183º CPA.

⁸⁹ Artigo 136.º 3 — Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se independentes os regulamentos que visam introduzir uma disciplina jurídica inovadora no âmbito das atribuições das entidades que os emitam.

⁹⁰ Artigo 233.º, n.º 1 da CRP.

⁹¹ Salvo quanto aos estatutos auto aprovados por exemplo, das universidades e respectivas unidades orgânicas.

No Brasil os regulamentos são atos normativos colocados em vigência por decreto. E tem como fim especificar as prescrições legais ou prover situações ainda não disciplinadas por lei.⁹²

Em suma, podem ainda ser classificados tomando em consideração seu âmbito de aplicação.

São gerais os que se prestam a regular relações externas, ou seja, as pessoas em geral. São, por outro lado, especiais, aqueles que regulam relações jurídicas especiais de direito administrativo. E são setoriais os que orientam um sector específico de atividade econômica ou social.⁹³

Jose Carlos Vieira de Andrade, acentua, no entanto, a classificação quanto à eficácia dos regulamentos que os distingue em externos e internos.⁹⁴

Enquanto externos quer abranger os regulamentos aplicados a qualquer relação intersubjetiva, internos quer significar aqueles casos nos quais aos regulamentos fica restringido o estabelecimento de diretrizes acerca da organização ou funcionamento dentro de uma pessoa coletiva ou órgão, e não relativamente a qualquer relação entre eles.⁹⁵

São internos igualmente aqueles que designam as chamadas auto vinculações internas⁹⁶ na interpretação e aplicação das leis, na ocasião de exercício de poder discricionário.⁹⁷

As diferenciações a partir daí são inúmeros e perpassam tanto o fato, por exemplo, de os regulamentos externos apresentarem competência regulamentar

⁹² Questiona-se se esse decreto continua em vigor quando a lei regulamentada é revogada e substituída por outra. Entendemos que sim, desde que a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada. Nesse sentido Hely Lopes MEIRELLES..., Pág. 160.

⁹³ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 144.

⁹⁴ Deve-se considerar para tal a pluralização subjetiva das administrações públicas, bem como o desenvolvimento jurídico das relações especiais de direito administrativo. Especialmente em virtude de se reconhecerem nelas direitos, liberdades e garantias.

⁹⁵ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 144.

⁹⁶ Incluindo diretrizes de órgãos superiores.

⁹⁷ Curioso é o caso dos regulamentos especiais, que demonstra conter normas internas à relação orgânica, mas são considerados externos tendo em vista afetarem o que o autor denomina de posições jurídicas subjetivas dos indivíduos. De uma forma mais cuidadosa, eles interferem no âmbito jurídico dos envolvidos enquanto pessoas e não como categoria de trabalhadores, presos, militares etc. No caso dos regimentos de órgãos colegiados, são a princípio internos, mas podem ser considerados externos quando contem normas relativas a diretos dos membros.

com respaldo em previsão legal expressa, enquanto os internos se fundamentarem no poder de auto-organização administrativa. Quanto o fato de que o regime dos regulamentos externos se encontra no CPA, enquanto os regulamentos internos não dão ensejo a impugnação judicial, tampouco levam em consideração o princípio da inderrogabilidade singular⁹⁸.

Qual a relevância, portanto, dos regulamentos internos em termos jurídicos?

Jose Carlos Vieira de ANDRADE responde a essa pergunta basicamente citando a existência dos regulamentos operacionais, que funcionam como corolário do exercício do poder discricionário. E são impugnáveis no âmbito dos recursos hierárquicos ou tutelares.

O incumprimento dos regulamentos internos por si só não tem repercussão em termos de invalidade da decisão divergente, não dando causa direta a ela.

Entretanto, pode ser tomado como *“indício de arbitrariedade, de violação do princípio da igualdade ou de mau uso dos poderes discricionários, susceptíveis de invocação perante o tribunal na impugnação de actos, e nas acções de responsabilidade civil administrativa”*.⁹⁹

As normas regulamentares internas adquirem relevância jurídica a partir do momento em que constituem também uma exceção ao fundamento legal dos regulamentos. Pois, como se sabe, sua emanação não exige previsão legal. O que pode ser atribuído a presença dos poderes de direção e de superintendência.¹⁰⁰

Ana Raquel Moniz, nesse aspecto, tece uma crítica sobre o que considera ser um formalismo excessivo na jurisprudência do Tribunal Constitucional português. Pela posição sempre inflexível perante a violação do dever de citação da lei habilitante. O que leva ao consequente reconhecimento de inconstitucionalidade formal, mesmo quando o regulamento, implícita, mas inequivocamente, se refere a lei a qual pretende regulamentar.

⁹⁸ Uma espécie de princípio da igualdade no âmbito do direito administrativo brasileiro

⁹⁹ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 145.

¹⁰⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 35.

Em seguida, a mesma autora insiste em frisar que a efetiva existência do fundamento legal do regulamento resta mais valiosa do que a sua “exteriorização”.

Para ela esse padrão do Tribunal causa prejuízo ao desviar a atenção de *“questões materiais, cuja apreciação assegura, nos termos do princípio da tutela jurisdicional efectiva, uma protecção mais estável dos direitos e interesses dos cidadãos.”*¹⁰¹

Por fim, há também outras classificações que se preocupam em categorizar os regulamentos, por exemplo, em mediatamente¹⁰² ou imediatamente operativos¹⁰³. Embora muito relevantes em termos de impugnação¹⁰⁴, em verdade, neste momento, servem mais a título de curiosidade do que propriamente acrescenta ao foco da investigação aqui assentada.

4.2. Tipos de regulamentos gerais externos

A diferenciação infra parte de uma perspectiva dogmático-prática no que tange a relação dos regulamentos com a lei.

Muito embora tenhamos escolhido percorrer todas as categorias de regulamentos, de antemão fica registrado que no direito europeu podemos verificar a presença basicamente de três tipos: o regulamento executivo, o regulamento autorizado, e o regulamento independente ou autônomo.

Já no direito brasileiro verificamos a presença do regulamento executivo, do regulamento complementar (compreendido, por alguns, como espécie de regulamento executivo) e do regulamento autônomo (a despeito de posições doutrinárias divergentes).

¹⁰¹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 36.

¹⁰² Por regular em abstrato as atuações administrativas, os seus efeitos só se produzem na esfera jurídica dos destinatários através de atos concretos de aplicação, administrativos ou judiciais.

¹⁰³ Produzem os seus efeitos diretamente na esfera jurídica dos destinatários, sem precisar de um ato específico de aplicação. O que acontece, por exemplo, com os regulamentos que proíbem ou impõem condutas específicas a pessoas determinadas ou determináveis, bem como os que determinam ou modificam um determinado estatuto ou os que fixam o custo de um bem ou serviço. E também os regulamentos imediatamente operativos os planos urbanísticos com “eficácia plurisubjetiva”, pois, além das entidades públicas, vinculam direta e imediatamente os particulares.

¹⁰⁴ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 146.

4.2.1. Regulamentos executivos

O primeiro deles, denominado regulamento executivo ou de execução, guarda íntima sintonia com o próprio fundamento e função do poder regulamentar, uma vez que está vinculado ao cumprimento e a boa execução da lei.

Este tipo de regulamento além de estar presente indistintamente em todos os países europeus também está previsto explicitamente na legislação brasileira, nomeadamente no artigo 84, IV, da Constituição Federal.

De uma maneira mais detida poder-se-ia dizer que os regulamentos executivos são dotados de encargo integrante e interpretativo tendo em vista que, em última análise, visam suprir lacunas involuntárias (ou voluntárias) do legislador. Muitas vezes esclarecendo o texto legal quando obscuro e lacunoso, e na maior parte das vezes pormenorizando a lei para uma aplicação prática e uniforme.

Portanto, *“organizam procedimentos, pormenorizam, interpretam, ou integram lacunas (por analogia, no quadro da lei respectiva) de leis específica.”*¹⁰⁵

No entanto, é preciso recordar que este dito “caráter complementar”, a princípio não permite a inovação. Apenas se limitam a explicitar de maneira mais minuciosa e técnico-científica os pressupostos previstos na respectiva lei, fixando o que muitos chamam de regras orgânico-processuais.

Seguimos Medeiros Silva quando afirma que:

*“[...] a função do regulamento não é reproduzir, copiando-os literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil se assim fosse entendido. Deve, ao contrário, evidenciar e tornar explícito tudo aquilo que a lei encerra. Assim, se uma faculdade ou atribuição está implícita no texto legal, o regulamento não exorbitará, se lhe der forma articulada e explícita.”*¹⁰⁶

Por sua vez, a admissibilidade constitucional deste tipo de regulamento no direito português é determinada pelo artigo 112º, n.º 5. *In verbis*.

¹⁰⁵ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 146.

¹⁰⁶ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo ...*, 2013, pág. 160.

“Artigo 112.º Atos normativos

5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de atos legislativos ou conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.”

Logo, o que este dispositivo quer traçar permeia a *“proibição de leis que em matéria reservada, remetam (toda) a sua normação para regulamento; admitam a respetiva modificação, suspensão ou revogação por regulamento; ou permitam a respetiva interpretação (ou integração) autênticas por regulamento.”*¹⁰⁷

Não obstante, interpretado simultaneamente com o artigo 199º, alínea c) da Constituição portuguesa, fica clara a possibilidade expressa de que o regulamento executivo interprete ou integre lacunas da lei. A despeito da salvaguarda no sentido de que a intenção deverá consistir em evitar excessos que possam estender-se a uma eventual inovação na lei.

4.2.2. Regulamentos complementares

Paralelamente a classificação anterior estão os regulamentos complementares, sobre os quais muitos entendem se tratar do mesmo tipo regulamentar.

Freitas do Amaral quanto ao direito administrativo português, por exemplo, não distingue regulamentos executivos de complementares. Para ele ambos designam *“[...] aqueles que desenvolvem ou aprofundam a disciplina jurídica constante de uma lei. E, nessa medida, completam-na, viabilizando a sua aplicação aos casos concretos.”*

O exemplo que o ilustre autor utiliza para demonstrar esse tipo regulamentar é a hipótese de uma lei que estabelece um benefício relativo a bolsas de estudo a alunos economicamente desfavorecidos pelos Serviços Sociais de uma dada Universidade. Nesse caso, a norma necessitará, para a sua efetiva aplicação, da elaboração de um regulamento complementar que defina as condições em que os interessados possam usufruir de tais benefícios, os montantes das bolsas a atribuir,

¹⁰⁷ Ver: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo/Direito_Administrativo.pdf

os documentos que devem acompanhar o pedido, entre outros pormenores em causa.

A partir de sua perspectiva, não fica nítida a distinção entre regulamentos executivos e complementares, pelo contrário.

Autores como Afonso Queiró em “Teoria dos Regulamentos” e Vieira de Andrade em “Lições de Direito Administrativo” optam por estabelecer maiores particularidades entre os tipos regulamentares, individualizando-os cinco espécies diferentes.¹⁰⁸

Na esteira da doutrina brasileira, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo¹⁰⁹, por outro lado, estabelece a classificação em três tipos regulamentares: executivos, ou de execução; autorizados ou delegados; e independentes ou autônomos.

A classificação não é pacífica, inclusive quanto aos regulamentos executivos e os regulamentos complementares.

Optamos por tomar, quanto aos regulamentos complementares, a classificação e definição de José Carlos Vieira de ANDRADE. Para quem:

“[...] visam completar um determinado regime legal, seja desenvolvendo-o, quando a lei se limite a estabelecer as respectivas bases gerais (regulamentos de desenvolvimento), seja utilizando o quadro legal para regular situações especiais não previstas (regulamentos de integração, também ditos ‘de utilização de lei’ ou ‘integrativos’).”¹¹⁰

Esse tipo de regulamento consiste então basicamente naquele através do qual se permite à administração completar as leis. Especialmente no que diz respeito àquelas leis que se restringem a fixar um panorama legal vasto e abrangente.

É de se notar, para mais, que o autor estabelece duas subdivisões quanto a referida espécie de regulamento.

¹⁰⁸ Em *Teoria dos Regulamentos* (1ª parte) págs. 8-16. Temos a classificação em: Execução, complementares, delegados independentes e autônomos. Já em *Lições de Direito Administrativo*, págs. 143-144. Temos a classificação em: Executivos, complementares independentes, autorizados e de substituição ou delegados.

¹⁰⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, ob. cit., I, págs. 352-346.

¹¹⁰ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 146-147.

A primeira: complementar “de desenvolvimento”. Ou aquele regulamento que completa leis geralmente estabelecidas em bases gerais de uma determinada matéria. E se propicia a inovar com o intuito de desenvolver essas generalidades, sem, no entanto, ultrapassar os limites apregoados em lei. Já a segunda: complementar “integrativo”. Isto é, aquele que utiliza o panorama legal a fim de regular situações especiais que não estejam expressamente previstas.

No que tange a admissibilidade dos regulamentos complementares no direito português, por via de regra, não são admissíveis.

Malgrado não estarem diretamente proibidos pelo nº 5 do artigo 112º da CRP, se observarmos a abrangência da competência legislativa de que dispõe o Governo e, principalmente, o artigo 198.º nº 1, c) da Constituição (com os decretos-leis de desenvolvimento), conclui-se que de fato não faz sentido compreender pela recepção plena e completa desse tipo regulamentar pelo direito português em todas as suas esferas. Mas sim admiti-lo sob algumas ressalvas.

Quanto a isso, portanto, perfaz-se algumas exceções. Pois, os regulamentos complementares devem ser admitidos no direito português:

“[...] desde que expressamente autorizados por lei, quando se limitem a adaptar o quadro legal a situações especiais (obviamente, fora da zona de reserva de lei formal), bem como quando se trate de regulamentos produzidos no quadro de uma autonomia normativa legalmente reconhecida.”¹¹¹

Especificamente quanto aos regulamentos complementares do tipo “de desenvolvimento”, podem ser permitidos quando voltados para o desdobramento das bases gerais estabelecidas em leis. Desde que não estejam determinando matérias que se refiram a reserva de lei.¹¹²

De todo modo, na hipótese acima aventada, eles deverão assumir a forma de decretos regulamentares. No sistema constitucional português isso consistirá, mais

¹¹¹ Por exemplo, a autonomia regulamentar das administrações autónomas ou a autonomia estatutária das universidades.

¹¹² José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo...* pág. 149.

especificamente, em serem aplicados por meio dos decretos-lei de desenvolvimento.¹¹³

Os regulamentos complementares do tipo “integração” também poderão se tornar admissíveis relativamente ao sistema português. Isso poderá ocorrer desde que não abranjam matérias de reserva de lei formal, e sejam expressamente autorizados por lei quando se limitem a adaptar o panorama legal a situações especiais ou quando se referiram a autonomia administrativa.

Por conseguinte, vê-se que é possível traçar inúmeras similaridades entre o regulamento complementar e o regulamento executivo. Isto posto, ainda assim, a diferença entre eles se mostra bastante tênue, favorecendo a manifestação de certa confusão entre as funções envolvidas em cada um.

Motivo pelo qual se mostra necessário percorrer suas respectivas nuances mais uma vez. Agora de maneira mais aprofundada sob o prisma de Pedro Moniz Lopes quando se refere às normas regulamentares interpretativas de textos legislativos e às normas regulamentares integradoras de normas legais, com força legal¹¹⁴.

De plano, o ilustre Doutor destaca que em Portugal é relativamente consensual que os regulamentos complementares comportam elementos inovatórios em relação as normas legais regulamentadas. E, por seu turno, no caso dos regulamentos de execução isso é mais difícil de se verificar.¹¹⁵

Aliás, quanto a palavra “execução”, esta pode abranger significados diversos. Mas, de outro modo, pelo que Pedro Moniz Lopes designa como “um enunciado

¹¹³ “A utilidade da forma de decreto regulamentar autónomo, face à de decreto-lei, estará na insusceptibilidade de sujeição à apreciação parlamentar (artigo 169.º da CRP) e à fiscalização preventiva da constitucionalidade (artigo 278.º da CRP).” Segundo José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo...* pág. 149.

¹¹⁴ “Tanto a norma que procede a uma interpretação do enunciado da norma legal, como a norma que integra os espaços carecidos de regulamentação pela norma legal, serão, para todos os efeitos, normas de hierarquia estritamente regulamentar (e não de hierarquia legal).” Segundo Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 268. Disponível em: www.e-publica.pt

¹¹⁵ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 270. Disponível em: www.e-publica.pt

semanticamente unívoco”¹¹⁶ presente no n.º 5 do art. 112.º CPR¹¹⁷, verifica-se uma proibição no dispositivo tanto para que uma lei permita a sua integração por normas regulamentares como para que normas regulamentares integrem a matéria legislativa sem autorização legal.

Assim diferentemente de Vieira de ANDRADE, ele vislumbra na norma constitucional a inadmissibilidade quanto ao regulamento complementar.

Em suas palavras:

“É frequente referir-se que a intervenção regulamentar visa regular aquilo que a lei se absteve de regular, mas não integrar a regulamentação legislativa.

A distinção é, no mínimo, pouco clara. É evidente que a regulamentação executiva ou complementar se dá por normas de hierarquia regulamentar, não podendo ocorrer sub specie legis.

*Porém, a “integração” prende-se sempre com a aposição de condições, subjectivas ou objectivas, adicionais às constantes de uma norma legislativa já existente, sob pena do regulamento ser supérfluo: é, por exemplo, este o significado corrente, na ciência jurídica, de integração de lacunas.”*¹¹⁸

Assim sendo, as ideias perscrutadas por Pedro Lopes vão além da mera análise dos regulamentos que tomamos aqui como complementares, para abarcar também uma desconstrução da ideia que outrora expusemos quanto aos regulamentos executivos. Além de trazer o debate acerca do carácter “inevitavelmente” inovador do regulamento.

Pois consoante seu raciocínio, a criação de regulamentos de execução ou complementares¹¹⁹ acarreta sempre numa integração regulamentar de uma disciplina legislativa.¹²⁰ O que leva a crer, segundo ele, que há um conflito normativo

¹¹⁶ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos...* 2014, pág. 272.

¹¹⁷ Quando proíbe que uma lei confira “a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”.

¹¹⁸ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos...* 2014, pág. 272.

¹¹⁹ Aqui não os distingue.

¹²⁰ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos...* 2014, pág. 272.

abstrato em pauta. Uma vez que o artigo 112.º, n.º 5 da CRP de certa maneira suprime o exercício da competência regulamentar de execução de normas legais.¹²¹

Por fim, a título de elucidação, no que concerne ao regulamento complementar no Brasil verifica-se que, em que pese o art. 84 da CRFB fixar a competência privativa do Presidente da República para: “[...] *sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”, não é comum haver uma precisa diferenciação entre regulamento de execução e regulamento complementar na doutrina brasileira.

Em diversas Obras de Direito Administrativo muitas vezes não há sequer menção ao regulamento complementar.¹²² Somente referência ao regulamento de execução e à hipótese aventada pelo art. 84, VI, a), que veremos a seguir.¹²³

A partir da investigação não restou claro se isso se dá porque a maioria entende no sentido de que os regulamentos complementares são sinônimo de regulamentos executivos ou se, de outro modo, não vislumbram a presença dos regulamentos complementares no Brasil.¹²⁴

A nosso ver, apesar da literalidade do art. 84 IV CRFB insinuar a uso regulamentar como mero instrumento de adaptação e ordenação do aparelho administrativo com fim na estrita e fiel execução da lei, entendemos que o sentido da referida previsão abrange a complementação da lei naquilo que lhe for essencial à boa execução.

4.2.3. Regulamentos autorizados ou delegados

Para além dos regulamentos executivos temos também, tanto no Direito europeu, como designadamente no direito português, a presença dos regulamentos autorizados (por vezes referidos como delegados)¹²⁵.

¹²¹ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos...* 2014, pág. 273.

¹²² Tal como em Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO e Celso de MELLO e DI PIETRO.

¹²³ Alguns entendem que os regulamentos executivos no Brasil compreendem a função integrativa ou complementar.

¹²⁴ Sob a definição portuguesa que mencionamos supra.

¹²⁵ “Regulamentos que eram expedidos sob autorização ou delegação do Legislativo, que apenas dispunha de maneira muito genérica e fluida sobre certa matéria, ou se limitava a conferir ao Executivo o poder de discipliná-la.” Conforme Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito*

Este tipo de regulamento merece toda atenção pois no direito português é preciso fazer uma diferenciação extra ou uma subdivisão do que entendemos no geral¹²⁶ como regulamentos delegados.

Considerando, mais uma vez, as lições de José Carlos Vieira de Andrade: os regulamentos de substituição (ou na sua designação “delegados”) se verificam no caso em que *“a Administração é admitida a actuar em vez do legislador, modificando, suspendendo ou revogando normas contidas em diplomas legais.”*¹²⁷ Estes não são admitidos no direito português, como vimos, por força do nº 5 do art. 112º CRP.

Já os regulamentos autorizados teriam lugar na ocasião em que, *“com base em habilitação legal expressa”,* a Administração, *“regula matéria que, em princípio, sobretudo pelo seu carácter inovatório, caberia à lei.”*¹²⁸ Estes, de outro giro, são admitidos no referido país.

O que ocorre, então, é que no direito português, em que pese existente sob algumas hipóteses, o regulamento que entendemos como delegado não é admissível quando modificativo. Logo, quando altera a disciplina legislativa, quando tem efeito suspensivo ou quando se limita a tornar ineficaz uma norma legal, e quando, além disso, não possui nenhuma orientação inovadora, não são admitidos. Outrossim, também não são aplicáveis quando revogatórios, ou melhor, sempre que eliminam leis do ordenamento jurídico.

Segundo nosso entender o que há em Portugal, na verdade, é um regulamento “delegado” repleto de ressalvas a que se dá o nome de regulamento autorizado. Pois entendemos, em consonância com uma concepção mais genérica (presente na doutrina brasileira), que regulamento delegado se refere aquele no qual a lei expressamente autoriza a atuação do poder administrativo em função análoga a do legislador, conferindo-o o mister de regulamentar a disciplina normativa de certas relações sociais.

Administrativo, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 349.

¹²⁶ A partir de uma concepção doutrinária brasileira.

¹²⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, pág.147. Ver também José Carlos Vieira de ANDRADE, *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei*, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, pág. 1 e ss.

¹²⁸ *Idem*

Aliás, quanto a isso, vale registrar novamente que no Brasil não existem regulamentos “autorizados” ou “delegados”¹²⁹. Nem na concepção que tomamos supra tampouco na concepção de regulamentos de substituição concebida por José Carlos Vieira de Andrade.

4.2.4. Regulamentos independentes ou autônomos

Não é exagerado dizer que os regulamentos chamados independentes ou autônomos trazem consigo uma série de determinantes controversias. E perpassam um dos mais relevantes questionamentos acerca da relação entre a função do regulamento administrativo e a reserva de legalidade na ordem jurídica atual. Especialmente porque mitigam, por assim dizer, o próprio lugar de origem do poder regulamentar e seu fundamento no princípio da legalidade.

É cediço que essas controversias sobre as quais nos referimos aqui são tão ou mais acentuadas no sistema jurídico brasileiro quanto no português.

Atualmente, pode se definir os regulamentos independentes¹³⁰ em Portugal como sendo:

“[...] aqueles regulamentos que os órgãos administrativos elaboram no exercício da sua competência, para assegurar a realização das suas atribuições específicas, sem cuidar de desenvolver ou completar nenhuma lei em especial. Quer dizer, são regulamentos em que a lei se limita a definir a competência subjetiva e objetiva, sem necessidade de definição do conteúdo dos comandos normativos a emitir pelo regulamento (liberdade de definição do conteúdo normativo).”¹³¹

¹²⁹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 352. Nota de rodapé 3.

¹³⁰ A previsão constitucional expressa do regulamento independente, no entanto, aparece primeiramente na França com os art. 34 e art. 37 da Constituição de 1958. Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 349.

¹³¹ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, págs.154-155.

Nos termos do CPA tem-se que: *“Art. 136º [...] consideram-se independentes os regulamentos que visam introduzir uma disciplina jurídica inovadora no âmbito das atribuições das entidades que os emitam.”*

A doutrina portuguesa os subdivide de acordo com a tradição do direito europeu, entre regulamentos de administração ou orgânicos e regulamentos de polícia. Ademais, podem também apresentar subcategorias como regulamento (independente) autônomo, ou regulamento independente do Governo.

Quanto aos primeiros perfaz-se comumente uma conceituação segundo a qual pretendem abranger somente aquelas normas administrativas situadas no campo do uso de poderes de função normativa primária pela administração autônoma e como decurso de tarefas típicas de autoadministração¹³².

Mas ambas as categorias possuem como característica o fato de serem editadas sem referência imediata a uma lei, não ter como fim a alteração ou execução ou complementação do conteúdo normativo de uma disposição legal específica anterior, e desembocar numa disposição acerca de determinadas relações sociais.

A função desse tipo regulamentar consistiria então em:

“[...] dinamizar a ordem jurídica em geral (em regra, um conjunto de leis), disciplinando inicialmente certas relações sociais, seja no exercício de poderes próprios de produção normativa primária pelas comunidades auto administradas (regulamentos autónomos), seja no exercício de competência universal do Governo em matéria administrativa (regulamentos independentes governamentais), seja no exercício de poderes normativos genéricos concedidos por lei a autoridades reguladoras (regulação independente)”.¹³³

Ou, para Freitas do AMARAL, com quem corroboramos plenamente neste ponto:

“[...] os regulamentos independentes são, afinal de contas, expressão da autonomia com que a lei quer distinguir certas entidades públicas, confiando na sua

¹³² A ilação que se faz, pois, é que a principal dissemelhança entre eles está na entidade responsável por sua edição.

¹³³ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 147. Disponível em:

capacidade de autodeterminação e no melhor conhecimento de que normalmente desfrutam acerca das realidades com que tem de lidar.”¹³⁴

A competência regulamentar assente no art. 241º CRP¹³⁵, é um exemplo de regulamento independente no direito português. A norma é responsável por prever que as autarquias locais podem elaborar regulamentos para a prossecução das suas atribuições.¹³⁶

Vê-se nessa medida, que atualmente são igualmente considerados regulamentos independentes ou autônomos¹³⁷ aqueles emanados por autoridades reguladoras no exercício de poderes normativos genéricos não concedidos por lei.¹³⁸

Desse modo, ao se ter em conta que *“as autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar”*, fica clara a função a qual aludiu Freitas do AMARAL supra.

Qual seja: a de que, na verdade, ao regulamento independente, antes da simples complementação de lei anterior, estaria confiado a missão de designar de maneira autônoma *“a disciplina jurídica que há de pautar a realização das atribuições específicas cometidas pelo legislador as entidades consideradas.”*¹³⁹

Não se pode deixar de lembrar, entretanto, da exigência de norma habilitante¹⁴⁰. Ou seja, de que o regulamento indique expressamente a lei ou as leis que atribuem especificamente competência (subjativa e objetiva) para a sua emissão. E é justamente neste ponto que jaz uma das maiores controvérsias acerca do regulamento independente no direito português.

¹³⁴ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito...*, 2006, pág.155.

¹³⁵ Artigo 241.º As autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar.

¹³⁶ Diogo Freitas do AMARAL...,2006, pág.155.

¹³⁷ Não diferenciamos as duas designações.

¹³⁸ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de ...*, 2006, pág.156

¹³⁹ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de...*, 2006, pág.155.

¹⁴⁰ “A Revisão Constitucional de 1982 consagrou a distinção entre regulamento complementar e autônomo, e formulou exigências formais.” Segundo Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, págs.155-156.

Para além dos clássicos problemas suscitados pela temática regulamentar (como, por exemplo, o fato de girar em torno de discussões sobre a separação dos poderes de administrar e legislar e a distinção material entre regulamento e lei), os regulamentos independentes somam ao debate a lei habilitante.

A principal contenda está no questionamento sobre se toda a produção regulamentar deveria ou não estar submetida a uma lei ordinária prévia.

E o holofote evidentemente centrado na recente previsão do art. 136º nº 1 do CPA e no art. 112º nº 7 CRP.

Quanto a admissibilidade constitucional dessa espécie regulamentar, esta também está assentada no já então mencionado artigo 112º, n.º 5 CRP.

A sua admissibilidade, no entanto, sempre dividiu a doutrina e os Tribunais portugueses. Especialmente tendo em vista o problema da compatibilização com o princípio da precedência da lei.

A posição dos ilustres doutrinadores Vital Moreira e Gomes Canotilho¹⁴¹, inclusive seguida pelo Tribunal Constitucional, vai no sentido de que o artigo 112º, n.º 7, 2ª parte da Constituição consagra que os regulamentos independentes devem indicar expressamente a lei na qual se define a sua competência subjetiva e objetiva. E consideram que essa “lei habilitante” pode ser a própria Constituição.¹⁴²

Já na visão de Afonso Queiró e Vieira de Andrade essa indicação pelo regulamento, da lei que estabelece a sua competência objetiva e subjetiva não é possível no caso dos regulamentos do Governo uma vez que estes possuem atribuições genéricas.¹⁴³

Alguns ainda advogam que com base no artigo 199º, alínea g) CRP, e ao observarmos o artigo 112º, n.º 6 da CRP¹⁴⁴, estamos diante da cláusula geral de atribuição de poder regulamentar ao Governo.

¹⁴¹ Antes mesmo do advento do CPA de 2015 que no seu art. 136º trouxe a previsão quanto a lei habilitante, e com redação mais clara se comparado ao art. 112 nº 7 da CRP.

¹⁴² Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II (reimp.), Almedina, Coimbra, 2002.

¹⁴³ Regulamentos administrativos
https://www.fd.uc.pt/~fpaula/pdf/regulamentos_administrativos.pdf

¹⁴⁴ “6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes.”

De outro giro, tal qual esses últimos, há também quem destaque que na verdade a alínea c) do artigo 199º CRP aborda a questão da execução da lei como dinamização da ordem jurídica.

Os catedráticos supramencionados ainda falam numa espécie de exceção que o artigo 112º, n.º 6 estabelece à 2º parte do n.º 7 da mesma norma. No sentido de que os regulamentos independentes devem revestir a forma de decreto regulamentar e tão somente devem ser admitidos em apartado aos domínios da reserva de lei.¹⁴⁵

E no que tange aos regulamentos provenientes de entidades administrativas independentes, segundo eles, haveria de se considerar maiores reservas, nomeadamente, admiti-los somente como regulamentos de execução e com interpretação restritiva. Sob pena de inconstitucionalidade.¹⁴⁶

Não alinhamos com essa última visão tendo em vista que, conforme já demonstrado especialmente quando nos referimos ao exercício de poderes normativos genéricos concedidos por lei a autoridades reguladoras, os regulamentos independentes visam dinamizar a ordem jurídica em geral.¹⁴⁷

Por conseguinte, como corolário da confiança que a lei deposita na capacidade de autodeterminação e de conhecimento específico dessas entidades acerca da realidade que lhes incumbe¹⁴⁸. E, outrossim, tendo em conta a função deste regulamento no sentido de designar de maneira autônoma a disciplina jurídica que há de pautar a realização das atribuições específicas cometidas pelo legislador as tais entidades, conclui-se que, na esteira de Freitas do AMARAL, os regulamentos independentes são expressão da autonomia legal para distinguir certas entidades públicas.¹⁴⁹

Por isso, dinamizam a ordem jurídica segundo a vontade da lei. E no que tange ao poder regulamentar das autarquias locais será estabelecido nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau

¹⁴⁵ Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vols. I e II, 10.ª ed. (7.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2001.

¹⁴⁶ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II (reimp.), Almedina, Coimbra, 2002.

¹⁴⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 147.

¹⁴⁸ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de ...*, 2006, pág.155.

¹⁴⁹ *Idem*

superior (ou das autoridades com poder tutelar), não havendo, pois, necessidade de interpretações restritivas ou de admiti-los somente como regulamentos de execução.

É certo que o regime consagrado no novo CPA, veio para apaziguar o cenário de controvérsias e consolidar cada vez mais o regime dos regulamentos no país. Inclusive no tocante ao papel do regulamento independente. Especialmente em seu art. 136º do CPA quando afirma o caráter inovador da disciplina jurídica que os regulamentos independentes visam introduzir no âmbito das atribuições das entidades que os emitam. Sempre condicionados, todavia, a existência de lei habilitante.

No Brasil, por sua vez, a previsão de regulamento autônomo é encontrada no art. 84, VI, I, "a", da Constituição brasileira. Que traz a seguinte disposição textual:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”

Isto é, em termos comparativos é possível notar de imediato que os poderes conferidos ao Presidente no que tange a expedição desses decretos são bem mais definidos e delimitados no Brasil do que se observa, *grosso modo*, nas disposições acerca dos poderes regulamentares no direito europeu.

De maneira mais detida, e utilizando-se dos exemplos de Celso Antônio Bandeira de Melo²⁶, poderíamos asseverar que os poderes do Presidente quanto a organização e funcionamento da Administração Federal consiste numa mera competência para rearranjar e organizar órgãos e competências já definidos por lei.

Nesse desiderato, Di Pietro:

“A competência, quanto a alínea a, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme art. 88, alterado pela Emenda Constitucional nº32.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 92.

Ainda, pelo que apregoa os clássicos comentários de Hely Lopes Meirelles: o regulamento autônomo ou independente não pode “nunca” ultrapassar as barreiras impostas pelas reservas legais¹⁵¹. E em sendo assim, deverá se restringir aos limites da competência do Executivo.¹⁵²

Quais seriam as consequências disso no caso brasileiro? Celso de Mello enumera as principais restrições, dentre elas, não haver a possibilidade de um regulamento “*instituir ou majorar tributos, criar cargos, aumentar vencimentos, perdoar dívidas ativas, conceder isenções tributárias ou contemplar situações destinadas a lei, material e formalmente*”¹⁵³.

É por esse e outros motivos que o mesmo autor¹⁵⁴ insiste em realçar o equívoco em se fazer um paralelo entre o regulamento autônomo no Brasil e no Direito Europeu. Pois, segundo ele, isso equivaleria a equiparação da natureza evidentemente mais ampla desse último com a existência de um pretenso regulamento autônomo com repercussões bastante limitadas no direito brasileiro.

Ele argumenta, por assim dizer, uma ingenuidade e impropriedade de buscar assimilações do regulamento autônomo brasileiro, nomeadamente da previsão do art. 84, VI, a)¹⁵⁵ CRFB com o regulamento autônomo europeu. Ou, em outras palavras, de inserir no caso brasileiro uma potencialidade e autonomia normativa, em realidade, inexistentes.¹⁵⁶

No que diz respeito a previsão constante da alínea b) também do art. 84, VI, sem dúvida, não corresponde a uma competência regulamentar autônoma do Executivo. Pois, conforme DI PIETRO, a extinção de funções ou cargos públicos

¹⁵¹ Suprir a lei naquilo que é da exclusiva competência da norma legislativa (lei em sentido formal e material).

¹⁵² Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo* ..., 2013, pág. 160. Disponível em:

¹⁵³ A propósito, advertiu D'ALESSIO que os regulamentos têm da lei apenas o conteúdo e a normatividade, mas não têm a forma e a extensão da lei, porque promanam de órgãos executivos, e não de corpos legislativos. Hely Lopes MEIRELLES Pág. 161.

¹⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 348.

¹⁵⁵ Um exemplo no Brasil: CNJ 102 CF decreto autônomo.

¹⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 348.

vagos implica produção de ato de efeitos concretos. Que, por seu turno, não coincide com a natureza normativa do regulamento.¹⁵⁷ *In verbis*:

*“Quanto à alínea b, não se trata de função regulamentar, mas típico ‘ato de efeitos concretos’, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não estabelecer normas sobre matéria.”*¹⁵⁸

Celso de MELLO, quanto a isso:

*“[...] neste mesmo art. 84, VI, já agora na letra “b”, está contemplado um caso em que é permitido ao Executivo expedir ato concreto de sentido contraposto a uma lei, pois ali se prevê a possibilidade de o Presidente da República extinguir cargos vagos. Como os cargos públicos são criados por lei, sua extinção por decreto, tal como ali prevista, implica desfazer o que por lei fora feito.”*¹⁵⁹

Relativamente a função reguladora¹⁶⁰ e ao questionamento se o seu fundamento no Brasil decorre da lei ou da Constituição, há dois entendimentos. Uma primeira vertente, que está relativamente superada segundo a maior parte da doutrina¹⁶¹, é sustentada, principalmente, com base no pelo art. 25, I, do ADCT.

No tocante a esse entendimento afirma-se que a CRFB/88 expressamente vedou o exercício do poder regulamentar pelos órgãos administrativos, cento e oitenta dias após a sua promulgação.¹⁶²

Já a segunda vertente, bem mais aceita atualmente (e inclusive defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro), se baseia no art. 87, § único, inciso II, da CRFB/88. E, de certo modo, põe fim à discussão. Vejamos.

¹⁵⁷ De estabelecimento de normas sobre a matéria.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 92. Vale destacar a ADI 2857-0 e ADI 3254-2, que reconhecem a iniciativa do chefe do Poder Executivo, mediante decreto, apenas na elaboração de normas que remodelam as atribuições de órgãos pertencentes à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação, tal como prevê a alínea “a” do inciso VI do art. 84 da Constituição Federal de 88. Ademais, ADI 3254-2, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2-12-05 e ADI 3232-1, ADI 3232-1/TO, rel. Min. César Peluso, DJE 3-10-08.

¹⁵⁹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito ...*, 2014, pág. 351.

¹⁶⁰ Diferença regulamento e função reguladora

¹⁶¹ Roberto Mizuki Dias dos SANTOS, *Deslegalização e a Função Reguladora da Administração Pública*. Pág. 143.

¹⁶² *Idem*

Em suma, o dispositivo é tomado como o fundamento constitucional, por excelência, para o exercício da função reguladora.¹⁶³

Diogo Moreira Neto corrobora com essa segunda linha, mas acrescenta que não incumbe exatamente ao texto constitucional esse fundamento. Mas antes ao princípio da eficiência inerente nele. Tendo em vista que o exercício da função reguladora se faz possível por meio de decisões administrativas assentadas na eficiência “*para demonstrar a justeza da decisão à hipótese submetida*”.¹⁶⁴

Sendo assim, na mesma linha que o autor, entendemos que, não é por acaso que o princípio da eficiência, agora nos termos do *caput* do art. 37 da CRF/88, foi elevado ao *status* constitucional pela Emenda Constitucional nº 45 com o mister de pautar as atividades da administração.

Capítulo II

O princípio da legalidade (nova juridicidade) e a deslegalização no direito comparado entre Brasil e Portugal

1. Regulamento como ato normativo adstrito a legalidade

1.1. O princípio da legalidade enquanto fundamento do poder regulamentar

Atualmente, é pacífico assentar o fundamento do poder regulamentar no princípio da legalidade, tanto no Brasil como em Portugal.¹⁶⁵

No país europeu, Freitas do AMARAL explica que o regulamento é encarado sob três pontos de vistas.¹⁶⁶

¹⁶³ Roberto Mizuki Dias dos SANTOS, *Deslegalização e a Função Reguladora da Administração Pública*. Pág. 144. in Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2004, pág. 68.

¹⁶⁴ Roberto Mizuki Dias dos SANTOS, *Deslegalização e a Função Reguladora da Administração Pública*. Pág. 143. In Diogo Moreira NETO, 2003, pág. 100.

¹⁶⁵ Nem sempre foi assim. Século XIX: poder originário livre (sem critérios), logo não controlável judicialmente. A partir do sec. XX: a discricionariedade como a concessão do legislador de um poder próprio para a decisão dos casos concretos (princípio da competência ou da precedência da lei).

Um prático: no qual temos a impossibilidade de previsão absoluta do legislador e, por consequência, espaços legais deixados em branco que carecem de intervenção Administrativa para os preencher.

Um histórico, no qual não se considera possível a aplicação cabal e infalível do princípio da separação dos poderes tal qual fora outrora idealizado¹⁶⁷. Uma vez que, se assim o fosse, a emissão de norma jurídica seria exclusiva do legislativo.¹⁶⁸

E um ponto de vista jurídico: que possui delineações não lineares em Portugal. Tendo sido, por exemplo, decorrente de uma delegação ou autorização emitida caso a caso pelo Parlamento ao Governo no contexto do Estado Liberal de Direito¹⁶⁹. E, hoje, no Estado Social de Direito, estando fundado¹⁷⁰ originariamente na Constituição¹⁷¹ e na lei, em honra ao princípio da legalidade¹⁷².

Raquel Moniz em seus *Estudos sobre Regulamentos administrativos*¹⁷³ ratifica os alicerces e submissão do poder regulamentar ao princípio da legalidade, cuja função considera ser, neste caso: a máxima garantia do cidadão contra o arbítrio do legislador através da competência atribuída pela Constituição ou pela lei.¹⁷⁴ E não como uma espécie de poder próprio e originário da autoridade administrativa.

¹⁶⁶ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.166.

¹⁶⁷ Daí que logo nos anos imediatamente subsequentes à Revolução Francesa haja sido reconhecido por lei à Administração (e, sobretudo, na Constituição do Ano VIII) o poder de, dentro de certos limites, emanar regras jurídicas, ainda que secundárias ou grau inferior ao das leis.

¹⁶⁸ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de ...*, 2006, pág.166.

¹⁶⁹ É como sequela deste período que na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América se qualificam os regulamentos administrativos como *delegated legislation* (legislação delegada).

¹⁷⁰ Salientamos, contudo, que “fundado” aqui não quer dizer o fundamento de cada regulamento em si. Pois este está enraizado na exigência de lei prévia, isto é, de habilitação legal para se dar cumprimento ao princípio da primariedade ou da precedência de lei. A despeito de se recorrer a argumentação no tocante a ordem jurídica e aos princípios gerais de direito.

¹⁷¹ Excetuam-se, de acordo com o consenso da doutrina nacional e estrangeira, dois casos em que o poder regulamentar existe mesmo sem que a Constituição ou a lei o prevejam, tendo um fundamento diverso. São eles: a) Regulamentos internos. b) Regimentos de órgãos colegiais. Ver mais em Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de ...*, 2006, pág.167.

¹⁷² Tomado aqui como sinônimo de princípio da juridicidade. Nesse sentido Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Editora Almedina, 2011, pág. 290.

¹⁷³ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos ...*, 2016, pág. 53.

¹⁷⁴ Conforme o artigo 112º nº 7 da Constituição e aqui seguimos com vênica seu pensamento auxiliado pelos apontamentos de ZAMBINI.

Da mesma forma entendemos que, muito embora não haja atuação administrativa sem discricionariedade, a emissão de regulamentos não consiste em um poder implícito da Administração.

Posto que o fundamento do poder regulamentar está antes, pautado na específica atribuição legal. E não numa competência normativa intrínseca da entidade administrativa para emitir regulamentos como consequência do reconhecimento do poder de praticar atos administrativos.¹⁷⁵

Portanto, o fato de a lei proporcionar uma margem de liberdade as autoridades administrativas, não quer dizer que estas estejam autorizadas a limitar essa liberdade própria à semelhança do que fazem os cidadãos.¹⁷⁶

Afonso QUEIRÓ explica de maneira prática porque o poder regulamentar não poderia estar fundado na discricionariedade. Pois caso a Administração quisesse impedir, mediante regulamento, a atribuição de discricionariedade a ela própria para a prática de atos administrativos isso não seria possível.

E por outro lado, caso o legislador concedesse poder discricionário as entidades administrativas para especificamente ser exercido por meios regulamentares, esse poder não poderia ser igualado aquele atribuído para a prática de atos administrativos. Conforme enfatiza Raquel MONIZ, ele “se esgota com a emanção do regulamento”¹⁷⁷.

Em suma, sabe-se que não há um poder discricionário implícito da Administração. A discricionariedade é uma atribuição legal, ou seja, não é uma exceção ao princípio da legalidade, pois só há poder discricionário quando a lei o confere.¹⁷⁸ Assim, como todo poder administrativo, este é um poder derivado da lei.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre ...*, 2016, pág. 54.

¹⁷⁶ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português* (Algumas Questões), in: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXX, 2004, págs. 483 e ss.

¹⁷⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre ...*, 2016, pág. 55.

¹⁷⁸ “O futuro da discricionariedade parece balizado por duas tendências opostas: enquanto a maior intervenção do Estado na vida social e a crescente tecnicidade da ação administrativa são fatores contributivos para a discricionariedade, já o aprofundamento e reforço das garantias dos cidadãos conduzem à menor discricionariedade, alargando as vinculações e melhorando a eficácia dos princípios que condicionam o exercício do poder administrativo.” João CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª edição, Âncora editora, setembro 2009.

¹⁷⁹ Alguns entendem que a discricionariedade tem de ser vista como uma competência concedida pelo legislador à Administração e que os órgãos administrativos têm apenas os poderes que a lei expressamente lhe concede nos termos do artigo 36º do CPA.

Porém não é esse o ponto em que jaz a maior contenda do assunto.

O que interessa saber na prática é se o sistema estaria admitindo a legitimidade de habilitações legais implícitas, cuja consequência consistiria em entidades administrativas estarem autorizadas a emitir (com base nos princípios gerais de direito administrativo, por exemplo), regulamentos executivos que porventura considerem cruciais para a aplicação e boa execução de uma determinada lei. Tudo isso a despeito de uma atribuição legal.¹⁸⁰

Consideramos que não. Ainda que diante de uma nítida habilitação legal não expressa, seria, neste caso, ilegal e inconstitucional estender os poderes da Administração para abarcar a emissão de regulamentos executivos sem a observância estrita dos artigos 136º CPA e 112º nº 7 da CRP.

Em que pese os ilustres entendimentos presentes na doutrina portuguesa, a nosso ver aparentemente não se reconhece qualquer sinal que dê a entender e admitir um espaço acolhedor da admissibilidade constitucional das habilitações legais implícitas. Ainda que no contexto específico abordado.

Sendo assim, o que se defende mais precisamente é que o artigo 199º alínea c) CRP não se comporta como norma especial ou em preferência hierárquica frente ao conteúdo do art. 112º nº 7 também da CRP. E em sendo assim, não há brecha para se pleitear uma admissão constitucional a regulamentos que não contenham referência a uma lei prévia.

Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁸¹, nesse sentido, focam suas análises no questionamento sobre se a lei prévia garante ou não diante da previsão do art. 199º c) e g).

O que importa, em termos técnico-dogmáticos é saber se o art. 112º nº 7 abrange ou não em sua previsão todos os tipos de regulamentos. E se, ademais, há ou não há outra previsão constitucional a rejeitar ou criar uma espécie de exceção ao que genericamente dispõe o referido artigo.

¹⁸⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre ...*, 2016, pág. 55.

¹⁸¹ Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, «Artigo 13.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág.213 e ss.

Na verdade, não há necessidade de que o art. 199º reafirme ou ratifique as determinações do art. 112º nº 7, para que se conclua que ambos se aplicam aos regulamentos sem interferir na legitimidade do outro. Até mesmo porque o art. 112º nº 7 cria uma condição à competência exarada no art. 199º c).

Aliás, ainda que a alínea g) do art. 199º estabeleça a função do Governo de *“praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas”*, esse enunciado não o exime da condição imposta pelo art. 112º nº 7 quanto a exigência de lei habilitante.

Uma vez ainda que tal dispositivo Constitucional é bastante claro quando afirma *“os regulamentos devem indicar expressamente as leis [...] que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão”*.

Ademais, a partir do advento do CPA de 2015 e seu art. 136º nº 1, o debate não tem mais tanta razão de ser. Pois, vê-se que a intenção do legislador com esse regime específico, já era de fato condicionar o regulamento à existência de lei habilitante.

Sendo assim, seria bastante forçoso e eu ousaria dizer, tendencioso, primeiro sobrepor a evidente imposição do art. 112º nº 7 e do princípio da legalidade¹⁸² para se admitir habilitações legais implícitas. E segundo, se utilizar do art. 199º alínea g) para afirmar que o Governo pode fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis e praticar todos os atos e providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas, sem observar a exigência de lei habilitante.

Com efeito, Gomes Canotilho¹⁸³, tal como a maior parte da doutrina portuguesa, e inclusive o Tribunal Constitucional português, há muito já enxergavam que o poder regulamentar não deve ter como fundamento direto o artigo 199º CRP.

Seja porque a alínea c) do dispositivo se refira somente a leis ordinárias. Ou porque a alínea g) possua carácter demasiado residual e genérico para que se cogite

¹⁸² E agora também do art. 136º CPA.

¹⁸³ Gomes CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vols. I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 e 2010, respectivamente.

possível a tentativa de delinear uma conclusão no sentido se questionar a autoridade do art. 266º CRP (princípio da legalidade da Administração).

Quanto ao sistema brasileiro, o princípio da legalidade como fundamento do poder regulamentar cumpre um papel ainda mais proeminente se comparado com caso português. No ordenamento jurídico brasileiro cabe a este princípio não somente a função de preceito impositivo, como identicamente o sustentáculo para o que Celso de MELLO chama de “*contenção de intemperanças estatais*” ou “*vetor axiológico de quaisquer regras editadas pelo Estado*”¹⁸⁴.

A partir do exame dogmático dos dispositivos constantes do art. 5º, II¹⁸⁵, art. 37 *caput* (com sua menção ao princípio da legalidade) e art. 84, IV da Constituição brasileira é possível dar razão às palavras do eminente jurista. Designadamente devido a referência Constitucional esmagadoramente predominante dos regulamentos destinados a fiel execução da lei.

Não obstante, deve-se notar que a Constituição brasileira consagra expressamente o princípio da eficiência como princípio geral de direito administrativo, no referido art. 37 *caput*: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*”

Similarmente ao que prevê o artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo português ao dispor sobre o princípio da boa administração. *In verbis*: “*A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.*”

Ainda assim, fica nítido que o Direito administrativo brasileiro ainda guarda vínculo com a tradição republicana tendente a dificultar a interferência do Executivo por via regulamentar na liberdade e propriedade das pessoas.¹⁸⁶ Contexto no qual a maioria defende enfaticamente a exigência de lei para imposição de obrigações pelo Poder público aos administrados.

¹⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo...* 2014, pág. 356.

¹⁸⁵ Art. 5º II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁸⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo...* 2014, pág. 353.

Não discordamos que no que tange especificamente ao Brasil e a essas sensíveis matérias, o processo legislativo constante do art. 59 e ss. CRFB consistiria no meio ideal. Sobretudo porque, como bem anotado por Celso de MELLO, vige no país uma cultura muito tendente a ocorrência de *“intemperanças estatais”*. Sem mencionar a recente e recorrente instabilidade política.

Entretanto, no final, em termos gerais e pressupondo a existência de uma boa governança Estatal, estamos inclinados a entender, por outro lado, que:

*“[...] o Direito Administrativo não se pode alhear da definição de arranjos e de soluções normativas [...] que promovam e concretizem uma ideologia de boa gestão e que premeiem os bons resultados.”*¹⁸⁷

Ou seja, não se pode olvidar a ação eficiente e oportuna da Administração Pública através de atos normativos (e, portanto, também dos regulamentos), no intuito de fazer valer na prática o caro princípio da boa administração e de cumprir o princípio da eficiência.

1.2. Preeminência de lei e Reserva legal

Após grifar em termos gerais o fundamento do poder regulamentar com base na legalidade, mandatório examinar especificamente, ainda que brevemente, o regulamento sob a ótica do princípio da preferência ou preeminência de lei e da reserva legal tanto no Brasil como em Portugal.

Ora, em Portugal, este princípio tem assento, quanto ao tema regulamentar, nos termos do nº 5 do art. 112º da Constituição. Que como já vimos proíbe regulamentos que visem: *“interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos [preceitos legais]”*.

Isso não quer dizer, no entanto, como sublinha Raquel MONIZ¹⁸⁸, que este princípio está impondo relações idênticas entre lei e regulamento em todos os tipos regulamentares admitidos no país.

¹⁸⁷ Pedro GONÇALVES, *Funções e Valores do Direito Administrativo*, pág. 470. <https://www.fd.uc.pt/~pgon/PDF/FuncoesValoresDA.pdf>

¹⁸⁸ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre ...*, 2016, pág. 57.

Essa, aliás, é uma confusão comum que se faz. Pois, ainda que o nível de vinculação à lei varie, existirá sempre *“uma relação de complementaridade entre o regime previsto e a disciplina normativa consagrada no regulamento.”*¹⁸⁹

Também em decorrência do princípio da preeminência de lei, as entidades públicas estão adstritas ao que dispõe o art. 136 CPA e nº 7 do art. 112º CRP. Ou seja, de que haja previsão expressa no regulamento referenciando a lei que pretende regulamentar ou, *no caso de regulamentos independentes*, a lei que define a competência subjetiva ou objetiva para a sua emissão.¹⁹⁰

Ocorre que a 2ª parte do nº 7 do art. 112º CRP, apenas prevê que “os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão”.

Logo, o dispositivo ao utilizar a expressão “ou”, sempre permitiu a possibilidade no sentido de se interpretar que a salvaguarda do fundamento jurídico¹⁹¹ e do princípio da legalidade pelo regulamento poderia estar pautada tão-somente numa lei que se prestasse a definir a competência subjetiva e objetiva para a emissão deste.

E de fato isso ocorre. Mas no caso do regulamento independente.

A redação do nº 2 do art. 136º esclarece quando dispõe: “[...] ou, no caso de regulamentos independentes, as leis que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão.”

Disto decorre, evidentemente, a inquirição a respeito da admissibilidade dos regulamentos independentes e autônomos. Que abordamos supra. E, outrossim, também a imprescindível interpelação acerca da legitimidade legal para transferir a

¹⁸⁹ *Idem*

¹⁹⁰ Mencionamos supra a questão da exigência de lei prévia habilitante. E, propositalmente, omitimos a problemática acerca de seu conteúdo, melhor situada neste momento da discussão. Especialmente devido a avaliação que faremos acerca da crise da lei e do fenômeno da deslegalização.

¹⁹¹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre ...*, 2016, pág. 57.

definição material de uma disciplina jurídica pra um regulamento¹⁹². Como uma espécie de tendência (ou, para alguns, fenómeno) de deslegalização.

Já adiantando algumas notas. De fato, estamos diante de uma certa degradação do grau hierárquico a partir do momento em que se permite que a lei, sem prestigiar previamente um regime jurídico, interpele um regulamento a fazê-lo. E, portanto, a inovar.

Considerando, a reserva de lei (outra dimensão clássica do princípio da legalidade), não entendemos constitucionalmente justificado, nem no caso português tampouco no brasileiro¹⁹³, o fato de que uma lei possa remeter por inteiro um regime jurídico destinado constitucionalmente a ela para um regulamento.¹⁹⁴

Importante salientar a diferença que se coloca agora. Pois não está em jogo um complemento à lei num ato normativo infralegal, mas o que Raquel MONIZ, com base nas lições de Cabral de MONCACA, chama de uma “invasão (legislativamente autorizada) pelo regulamento de matérias previstas em lei.”¹⁹⁵

Questiona-se relativamente a isso se estariam presentes neste caso os motivos que justificam a necessidade desse tipo de regulamento, quais sejam, a especialidade e a tecnicidade.

O que importa destacar dentre as dificuldades suscitadas pelos regulamentos administrativos em Portugal no que tange a questão da reserva de lei, guarda relação principalmente com o disposto nos artigos 164º e 165º da CRP. Quer dizer, com o fato de a Administração emitir regulamentos em matérias constitucionalmente reservadas à Assembleia da República e que demandam densidade normativa maior por parte do legislador.¹⁹⁶

¹⁹² Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 58.

¹⁹³ Em vista da natureza das suas respectivas reservas legislativas.

¹⁹⁴ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 59.

¹⁹⁵ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 60.

¹⁹⁶ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 61.

Além disso, resta necessário observar o artigo 198º, nº 1, alínea c)¹⁹⁷, na medida em que também incita questionamentos.

Pois segundo Raquel Moniz, ainda que se operasse a deslegalização de certas matérias através de remissão por norma em branco, isso não poderia ocorrer a nível de reserva parlamentar *"convertendo-se o destinatário da remissão em sujeito da remissão; um entendimento diverso permitiria adulterar os objectivos subjacentes à reserva."*¹⁹⁸

Para Vieira de Andrade a existência de reserva não proíbe a intervenção normativa da Administração.¹⁹⁹

Mas há de se ponderar que em Portugal não obstante haver a admissibilidade dos regulamentos executivos nas matérias reservadas, o mesmo não pode ser dito sobre o tratamento dado aos regulamentos autônomos, nomeadamente quanto a matérias relativas aos direitos, liberdades e garantias. Possibilidade muito menos bem-vinda pela doutrina pátria.

Ou seja, retorna-se a mesma questão sobre a qual nos debruçamos no final do tópico anterior quando nos referíamos ao Brasil.

Com efeito, nos reportamos a conclusão lá aventada. Com a ressalva de que no Brasil a tônica da doutrina se dá no sentido de que não há de ocorrer a admissibilidade nem mesmo dos regulamentos executivos nas matérias reservadas.

Sem embargo, os debates quanto ao regulamento face as dimensões do princípio da legalidade adquirem, em ambos os países, um tom parecido.

Pois, ainda entre os que admitem, por exemplo, a plena existência de regulamentos autônomos no Brasil ou entre os que defendem a possibilidade de concepção de regulamentos autônomos diretamente fundados na Constituição, não

¹⁹⁷ Artigo 198.º 1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas: c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam.

¹⁹⁸ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, págs. 61-62.

¹⁹⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 62.

há do mesmo modo aquiescência no sentido da afetação de direitos, liberdades e garantias por esses regulamentos.

É possível afirmar, assim, ser relativamente pacífico no Brasil o entendimento segundo o qual a reserva de lei quanto a direitos, liberdades e garantias, não deve pertencer a conteúdo regulamentar.

Tomando em consideração novamente o caso português, se pensarmos bem, parece, a princípio, um pouco desarrazoado admitir a “invasão” a reserva de lei com exceções e criar uma espécie de barreira na qual os regulamentos executivos podem adentrar as reservas legais e os regulamentos autônomos não.

Seria mais coerente, simplesmente admitir o “adentrar” as reservas legais pelo regulamento ou não. Ao conferir ao regulamento autônomo, em ambos os casos, os limites ofertados ao regulamento executivo.

Apesar disso, tendo em vista que os regulamentos independentes visam introduzir uma disciplina jurídica inovadora no âmbito das atribuições das entidades que os emitem, apenas indicando expressamente as leis que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão, optamos por concordar, quanto ao seu conteúdo, com o entendimento assente no cenário português.

Segundo o qual, em respeito ao princípio da juridicidade e a segurança jurídica, não se deve reconhecer a Administração e a entidades independentes a faculdade de adentrar nas reservas legais quanto a direitos e garantias através de regulamentos autônomos.

Designadamente, quanto aos direitos, liberdades e garantias a que se refere o artigo 17º da CRP e quanto aos Direitos e Garantias Fundamentais constantes do artigo 5º da CRFB.

2. A Deslegalização

2.1. A Crise do princípio da legalidade clássica e o princípio da juridicidade (bloco de legalidade)

Já determinamos que em ambos os países o princípio da legalidade figura como fundamento do exercício do poder regulamentar. Resta agora entender

porque o sentido dado a esse princípio tem sofrido intensas e contínuas modificações ao longo do tempo. E em que medida isso de fato dá causa ou interfere nos contornos do fenómeno da deslegalização e no lugar dos regulamentos autônomos em cada espaço administrativo.

É certo que nos tempos atuais não há mais esteio para limitar ou desconsiderar o poder normativo do qual desfruta a atuação administrativa, inclusive numa dimensão criadora de direito através de regulamentos que não se restrinjam a simples execução ou complementação da lei.

Nesse sentido:

*“O princípio da separação de poderes exige uma Administração como uma função estadual autónoma, não degradada em órgão executor do Parlamento, mas com iniciativa e poder criativos próprios no que há-de transmitir ao exercício do poder regulamentar.”*²⁰⁰

Está-se diante, pois, do chamado “nível normativo intermédio” entre a lei e o ato²⁰¹. Bem como na incisiva conclusão, por alguns autores, de que a Administração estaria numa posição mais privilegiada do que o legislador para emitir normas jurídicas, uma vez que está mais próxima e inteirada acerca dos interesses envolvidos nas relações administrativas.²⁰²

Tomamos essa afirmação com bastante circunspeção. Pois é ponderado asseverar que a insinuação de que o Executivo está em posição de “legislar melhor” do que o legislativo é desnecessária e pouco fundamentada. Ademais, pode ser utilizada como base para contribuir com o arbítrio da Administração e o enfraquecimento das garantias do Estado de direito democrático.

O que justifica a fulcral necessidade de se ter cuidado ao debater o tema regulamentar em cada uma das suas nuances.²⁰³

²⁰⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 18.

²⁰¹ *Idem*

²⁰² Para nós, com a devida vênia, parece pouco fundamentado e generalizado.

²⁰³ Não compactuamos com qualquer afirmação tal qual a acima referida, pois não nos interessa dar passos largos nem em direção à um extremo nem a outro. Sobretudo o que se pretende é chegar a conclusões coerentes, fundamentadas, ponderadas e proporcionais.

Dito isto, antes de adentrarmos na investigação quanto à deslegalização devemos indagar a chamada “crise da lei”²⁰⁴.

Neste intuito vale observar, quanto à compatibilidade geral dos regulamentos ao princípio da legalidade, os parâmetros elencados por Celso de MELLO. A seguir.

“Os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos:

(I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o modus procedendi da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica;

*(II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.”*²⁰⁵

A chamada “crise”²⁰⁶ da lei²⁰⁷ (e, inevitavelmente, da legalidade administrativa em seu sentido clássico), surge então a partir do reconhecimento de que a Administração acaba, muitas vezes, por estar em posição de inércia frente a necessidade de um comando normativo para cada ato que decida tomar. E, por consequência, se vê à mercê da incapacidade prática do Legislativo de produzir leis

²⁰⁴ Insta destacar que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO não concorda com o emprego da palavra “crise” para designar o momento atual da legalidade estrita. Para a autora, a palavra “crise” daria ideia de que a coisa estaria próxima do seu fim, hipótese que não ocorreria com a lei formal. Ela sustenta que o princípio da legalidade não estaria passando por uma crise, mas sim por uma evolução. Julia Mezzomo de SOUZA, *A Crise da Legalidade Administrativa e a Aplicação do Princípio da Juridicidade a casos de Concessão de gratificações de desempenho a servidores públicos federais*, Brasília, 2015, pág. 25.

²⁰⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 374.

²⁰⁶ Termo que utilizamos somente por fins usuais práticos de identificação e uniformização com a doutrina majoritária.

²⁰⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO: “no sentido orgânico-formal denomina-se, geralmente, lei jurídica a decretada pelos órgãos legislativos, em forma escrita e articulada, e obedecidos os trâmites e formalidades preestabelecidos”. Segundo Julia Mezzomo de SOUZA, *A Crise da Legalidade Administrativa e a Aplicação do Princípio da Juridicidade a casos de Concessão de gratificações de desempenho a servidores públicos federais*, Brasília, 2015, pág. 23.

em tempo hábil para prever as incontáveis situações novas surgidas constantemente.

Segundo Gustavo Binenbojm, essa crise:

*“[...] é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas”.*²⁰⁸

Suas razões de ser, conforme o autor, perpassam desde a inflação legislativa proveniente do Estado Liberal e a utilização da lei como fundamento para a legitimação de regimes autoritários durante o século XX²⁰⁹, até a questão da multiplicação de atos normativos infraconstitucionais por parte da Administração e a competência normativa direta do Executivo através de regulamentos, decretos, orientações normativas, resoluções, portarias, pareceres.²¹⁰

Nessa sequência, cresce, o que alguns designam como a “usurpação” de competências normativas pela Administração. Inclusive, como já vimos, em matéria reservada à lei.

Ao que culmina no processo denominado deslegalização. E em paralelo também faz surgir propostas de novos paradigmas. A exemplo da Constitucionalização do Direito Administrativo.²¹¹

No fundo, ao invés de se partir da ideia de uma superação do princípio da legalidade estrita por não se adequar ao Estado contemporâneo²¹², é preciso

²⁰⁸ Julia Mezzomo de SOUZA, *A Crise da Legalidade Administrativa e a Aplicação do Princípio da Juridicidade* a casos de Concessão de gratificações de desempenho a servidores públicos federais, Brasília, 2015, pág. 23.

²⁰⁹ Idem

²¹⁰ Aspecto mais proeminente nos dias atuais.

²¹¹ “Sobre o qual não nos opomos tampouco negamos, mas tomamos com ressalvas, diferentemente dos que advogam a subsidiariedade eminente em todos os casos do princípio da legalidade da administração frente as regras constitucionais. Esse entendimento também não é muito bem recebido pela maior parte dos juristas brasileiros, pois afinal repousa no país um viés mais conservador acerca do papel do princípio da legalidade na Administração Pública e as repercussões da Constitucionalização do Direito administrativo para a segurança jurídica e separação dos poderes.” Vânia SPAGOLLA, Vivian MORETE, *A Crise da Lei e seus Reflexos no Direito Administrativo: a Legalidade Questionada*, pág. 20.

²¹² Julia Mezzomo de SOUZA, *A Crise da Legalidade Administrativa e a Aplicação do Princípio da Juridicidade* a casos de Concessão de gratificações de desempenho a servidores públicos federais, Brasília, 2015, pág. 27.

enxergar a questão de uma maneira ampla. Segundo a qual a noção simplificada do princípio da legalidade como vinculação positiva da atuação administrativa à lei vai tomando outras formas.

A vinculação da atividade jurídica ao direito não deve se restringir especificamente à lei formal. Caso contrário não estaríamos averiguando a relevância do regime dos regulamentos administrativos com relação a lei, em todos os seus graus.

Assim, não é coincidência, tampouco despropositado, o protagonismo do princípio da juridicidade no cenário jurídico atual (tanto brasileiro como europeu). Sobretudo por se referir a um bloco de legalidade e, assim, até mesmo, uma exigência de densidade normativa maior.²¹³

Pois, definitivamente, *“a lei não é mais o instrumento normativo que condiciona e legitima toda a atuação administrativa”*²¹⁴.

Mas não iríamos tão longe a ponto de afirmar (como o faz Gustavo Binenbojm), que *“é a própria Administração quem tem o controle dos instrumentos de sua própria vinculação”*²¹⁵ sob pena de se inverter por completo o sentido da atuação administrativa e do princípio da legalidade administrativa.

2.2. O fenômeno da Deslegalização (a transferência de matérias restritas ao âmbito legislativo para o poder regulamentar e a autorização legal)

Como já delineamos, o fenômeno da deslegalização²¹⁶ possui repercussões fundamentais não somente nos debates acerca das fontes do direito, mas, conforme alerta Raquel MONIZ em seu memorável *“contributo à teoria do regulamento”*²¹⁷,

²¹³ *Idem*

²¹⁴ Julia Mezzomo de SOUZA, *A Crise da Legalidade Administrativa e a Aplicação do Princípio da Juridicidade* a casos de Concessão de gratificações de desempenho a servidores públicos federais, Brasília, 2015, pág. 24.

²¹⁵ *Idem*

²¹⁶ “a questão da delegated legislation no espaço europeu anglo-saxónico, se encontram refrações do fenómeno desde o século XVI.” Conforme Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 66. “Indício desta preocupação constituía já a divisão entre domínio da lei e domínio do regulamento efectuado pela Constituição francesa de 1958.” Conforme Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 72.

²¹⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 57.

também interfere, como consequência, nos liames do poder regulamentar, nos parâmetros de validade do regulamento e na invalidade das normas regulamentares.

Para fins de uma delimitação mais apropriada do fenómeno, adotamos os patamares enunciados pela mencionada autora. Que, em síntese, separa em primeiro plano as hipóteses nas quais *“a nova lei vem remeter para regulamento aspectos primordiais ou principais do respectivo regime jurídico”*, quando não haja disciplina positiva anterior a respeito da matéria.

E em segundo plano, os casos nos quais *“a lei, sem entrar no regime material de uma determinada matéria até então regulada por outra lei, permite que a respectiva disciplina seja efectuada por regulamento.”*²¹⁸

Ademais podemos enxergar a deslegalização com foco no funcionamento de seus mecanismos formais. Isto é, dividindo-a em *delegação legislativa* e *reenvio normativo*²¹⁹.

Em resumo, enquanto a primeira vê sua expressão mais contundente na Lei Fundamental alemã²²⁰. A segunda se refere às hipóteses já mencionadas em que a lei remete apenas alguns pontos menos fundamentais ao regulamento²²¹, ou o habilita a emitir as diretrizes de determinada matéria sem estipular o âmbito normativo e orientá-lo a qualquer nível.²²²

²¹⁸ Neste sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 14.ª ed., vol. I, Civitas, Madrid, 2008, pág. 280. “Esta hipótese aglutina as situações de «autodeslegalização» e «heterodeslegalização», desenhadas por Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo V, cit., pp. 231 e s.; cf. também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 902; A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», cit., p. 219): no primeiro caso, uma lei revoga outra e qualifica como regulamentar a matéria que esta última disciplinava, assumindo uma dupla função revogatória e reguladora; na segunda hipótese, a lei retira força legal às disposições constantes de outra lei, passando as mesmas a assumir natureza regulamentar e, como tal, susceptíveis à modifica.” Segundo Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 70.

²¹⁹ Conforme Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 69.

²²⁰ “Permite ao Parlamento uma delegação da sua tarefa normativa na Administração, favorecendo o que a doutrina designa como «desconcentração do poder legislativo» (*Dekonzentration der Gesetzgebung*)¹⁹⁴. Para esse efeito ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 68.

²²¹ Limitando-se, quanto a estes, a estabelecer princípios regulativos e atribuindo ao regulamento a respectiva densificação.

²²² Conforme Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 69.

Pode-se exaurir de Gomes CANOTILHO, por sua vez, quanto a deslegalização²²³, uma definição bem mais simples. Mas que esclarece com mesmo vulto a questão: “[a deslegalização acontece quando] uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos”.²²⁴

Entretanto, surge daí a indagação a respeito da qual haveria fundamento ou não para uma remissão legal integral de uma disciplina jurídica para um regulamento.

Raquel MONIZ revela que não vislumbra tal possibilidade, por não ser passível de legitimá-la constitucionalmente e por identificar nesse patamar o que chama de “uma subversão completa das reservas legislativas estabelecidas pela Constituição”²²⁵.

Provoca, ademais, se haveria de existir um impedimento de normas legais em branco também em matérias que não estejam abrangidas pela reserva legal.

Mas para além do problema segundo o qual questiona-se em que medida e com qual fundamento uma matéria jurídica sem disciplina legal prévia pode ser remetida por uma lei a um regulamento em sua inteireza²²⁶, sem que assim se perca de vista o carácter de fonte de direito derivado que define este último.

E ademais, até que ponto esta incongruência não acarreta uma espécie de “degradação do grau hierárquico”²²⁷. Está uma dimensão desse fenómeno na qual observa-se situações em que a lei permite sua alteração posterior por meio de regulamento.²²⁸

²²³ Exemplo de deslegalização: o D. L. n.º 36/77, de 28 de janeiro, revogou o D. L. n. 73/76, de 27 janeiro, que fixava o preço de venda da batata de consumo, e a Portaria n.º 46/77, da mesma data, fixou o novo preço. Ver Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.172.

²²⁴ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.171.

²²⁵ Assumindo-se como uma norma legal em branco. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Págs. 71-72.

²²⁶ *Delegated legislation*. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 70.

²²⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 71.

²²⁸ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 74.

O que, de mesmo giro, leva mais uma vez ao fato de que o exercício do poder regulamentar por entidades públicas especializadas²²⁹ mereça a mais detida atenção. Pois fora possuírem poder regulamentar próprio, igualmente podem emitir regulamentos independentes.²³⁰

É por isso que, como bem anota Freitas do AMARAL, embora comum, é elementar que não se confunda, nesse ínterim, regulamentos delegados²³¹ com o fenômeno da deslegalização, cuja admissibilidade existe o direito português com limites na reserva legal.²³²

Nesse sentido, de extrema monta lembrar novamente que desde 1982, regulamentos derogatórios²³³, modificativos, suspensivos e revogatórios não são admissíveis no ordenamento português por força do art. 112º nº 5 da respectiva Constituição.

Sendo assim, não há regulamentos do tipo “*delegado*”²³⁴ em Portugal.

E do mesmo modo, diferentemente do que ocorre em outros países europeus²³⁵, em Portugal, conceber a uma entidade reguladora amplos poderes para, através de normas regulamentares, modificar a lei, representa não somente a desobediência ao princípio da primazia da lei, mas de modo igual uma inconstitucionalidade.

²²⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 61.

²³⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 72.

²³¹ Em seu sentido amplo.

²³² Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.172.

²³³ “Exemplo de regulamento delegado derogatório: o artigo 25.º do D. L. n.º 51/84 estabelecia que nenhum banco se poderia constituir com um capital social inferior a 1,5 milhões de contos, mas que, por decreto regulamentar, poderia ser elevado o capital social mínimo.” Ver Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.171.

²³⁴ Aqui com aquele sentido de “substitutivos” cunhado por Vieira de ANDRADE.

²³⁵ “Em Itália, as autoridades reguladoras, que dispõem de um amplo poder regulamentar independente, têm ainda o poder de editar normas regulamentares modificativas da lei: como consequência da atribuição de uma competência exclusiva a essa entidade, o legislador confere-lhe ainda o poder de alterar as leis que incidam sobre a matéria incluída nessa competência exclusiva. Ao invés de se tratar de um fenómeno excepcional, esta realidade constitui refracção de uma tendência alargada, considerada até normal, no contexto do sistema jurídico italiano.” Conforme Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 78.

Relativamente ao art. 112º nº 5 da CRP, que reverbera o princípio do congelamento do grau hierárquico²³⁶: *"uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra, deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir"*²³⁷.

No entanto, há de se admitir que uma relativa *"articulação de poderes"*²³⁸ e autonomia regulamentar servem de préstimo tanto a produção normativa como à chamada *"descentralização normativa"*²³⁹.

A despeito da consolidação de uma concepção mais flexível do princípio da separação de poderes²⁴⁰. Assim como da tentativa de solucionar, ao amparo da produção regulamentar, reveses, tais quais, a da delonga do processo legislativo, a carência de conteúdo técnico nas leis²⁴¹ e sua vigência limitada²⁴².

Importa, desde então, balizar que não duvidamos que essa dimensão da deslegalização, tomada em suas proporções máximas, possa se transformar num processo prejudicial, e desestabilizar o ordenamento jurídico²⁴³. Sobretudo no que tange a uma utilização desenfreada do regulamento administrativo como se constituísse fonte primordial de direito.

Nesse íterim, interessante observar o argumento de Jorge Miranda quando sustenta que a deslegalização, na verdade, acaba por constituir condição de validade do regulamento. E não desestrutura de modo algum a hierarquia das

²³⁶ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 79.

²³⁷ E pressuposto do princípio da fixação constitucional da competência legislativa.

²²⁸ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 325.

²³⁸ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 65.

²³⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 65.

²⁴⁰ Indo além da concepção de que apenas o órgão legislativo por excelência tem competência para, de forma geral e abstracta, criar direito, cabendo apenas ao executivo a sua aplicação individual e concreta. Conforme Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011.

²⁴¹ O regulamento assume a função de descongestionamento da lei e de descongestionamento do Parlamento, estando a par das exigências da tecnicidade das matérias.

²⁴² Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 65.

²⁴³ Fenômenos degenerativos. Ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 65.

fontes. Pelo contrário. Uma vez que seu fundamento está calcado na “liberdade de confrontação do legislador”²⁴⁴ no âmbito do seu poder conformador. *In verbis*.

“[...] mal se perceberia que, no âmbito do seu poder conformador, [o legislador] não pudesse (...) desfazer aquilo que tivesse feito; que acaso lhe fosse impossível deixar ao nível regulamentar, recortando os respectivos contornos, uma matéria que, precedentemente, tivesse se convertido de regulamentar em legal.

*Salvaguarda-se, deste modo, a hierarquia das fontes, dado que a revogação ou a modificação a que procedam os regulamentos se vai referir a atos transformados em regulamentares, e já não a atos legislativos. A deslegalização não funciona como autorização verdadeira e própria ao órgão regulamentar, mas sim como condição de validade do regulamento que, sem ela, seria ilegal*²⁴⁵”.

Mas parece-nos que a questão vai mais além. Pois ainda que seja pressuposta essa consagração expressa do poder regulamentar, não está resolvida a questão que envolve as relações de ordenação entre os regulamentos das entidades reguladoras e os regulamentos emanados pelos demais setores da Administração pública.²⁴⁶

Isto é, podem os regulamentos de governo revogar os regulamentos provenientes de entidades reguladoras? E podem estas últimas exercerem competência regulamentar de execução direta de lei (numa espécie de substituição da competência do Governo)²⁴⁷?

A lei responde em várias medidas essas questões, na medida em que confere diretamente ao Governo de maneira positiva o poder de regulamentar certas matérias.²⁴⁸

²⁴⁴ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.172 in Jorge MIRANDA, *Manual...*, V, págs. 230-231.

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ Maria João LOURENÇO, *Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes*, pág. 14. Julgar Online, junho de 2018. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55058/1/ARTIGO-JULGAR-Poder-regulamentar-das-autoridades-administrativas-independentes-M-J-Louren%C3%A7o.pdf>

²⁴⁷ *Idem*

²⁴⁸ Ficam preteridos os regulamentos das autoridades reguladoras pois que, a existir, padeceriam de uma ilegalidade.

Quanto a nós, a resposta não está na hierarquia, mas sim no princípio da especialidade. Pois não se pode olvidar a competência e especialidade de cada ente envolvido pra tratar das matérias específicas que lhes cabe.²⁴⁹

Ademais, mesmo contando com a independência das autoridades *“sempre se poderá alegar que a Assembleia mantém a possibilidade de chamar o responsável do Governo para responder politicamente pelas decisões daquelas entidades (arts. 162.º, al. a), 156.º, al. d) e 190.º CRP).”*

No país Brasil, como já foi registrado, o princípio da legalidade cumpre função de destaque enquanto restrição positiva da atuação administrativa. Motivo pelo qual falar em deslegalização gera rebuliço até mesmo entre administrativistas famosos por suas posições minoritárias.

Os obstáculos são vários. Mas, em geral, se têm admitido a deslegalização na esfera das agências reguladoras uma vez que a delegação legislativa é proveniente de texto constitucional ou infraconstitucional.²⁵⁰

Por essa razão é muito comum que as teses a respeito da deslegalização no Brasil estejam quase sempre associadas ao domínio do poder regulamentar das entidades reguladoras. Somado ao fato de que os regulamentos referidos em Portugal como independentes de Governo possuem espaço ainda bastante modesto no Brasil

Aliás, nem mesmo no que toca a natureza desse poder regulamentar das entidades reguladoras brasileiras o entendimento é uniforme.

Em meio a doutrina brasileira fica a cargo de Di Pietro afirmar que a competência normativa abstrata conferida às agências reguladoras possui natureza

²⁴⁹ “Assim como não poderá deixar de ser reconhecida legitimidade democrática às autoridades reguladoras independentes, mesmo que remota, pelo facto de os titulares dos seus cargos serem nomeados por outros órgãos do Estado, dotados de legitimidade democrática direta (quando designados pela Assembleia da República) ou indireta (quando a designação é feita pelo Governo)³⁸. É ao poder legislativo a quem cabe definir um conjunto de critérios que operem como limite à atividade de regulação destas entidades.” Conforme Maria João LOURENÇO, *Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes*, pág. 18, Julgar Online, junho de 2018.

²⁵⁰ Por exemplo, no que se refere às telecomunicações, ao petróleo, à vigilância sanitária, dentre outros (arts. 21, XI e 177, §2, III da Constituição Federal e Medida Provisória nº 1791/98). *A Crise da Lei e seus Reflexos no Direito Administrativo: a Legalidade Questionada*, UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 12, n. 2, pág. 17-21, Setembro 2011, Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Universidade Estadual de Londrina (UEL).

regulamentar e não autônoma. Haja vista estar restringida a *“regulamentos administrativos ou de organização, só podendo dizer respeito às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado”*, não desempenhando função legislativa.²⁵¹

Indiscutível, no entanto, é a presença da prática de deslegalização nesse âmbito. Sobretudo devido ao caráter predominantemente técnico e especializado das normas que regulam as atividades setoriais.

Deslegalizar matérias a fim de que possam ser disciplinadas por regulamentos no Brasil serve, por certo, a eficiência e a economia de tempo em domínios como o da ANATEL. O qual exige, por exemplo, homologação de telefones móveis ou mesmo o reajuste de tarifas de longa distância.²⁵²

Na Carta Magna brasileira é possível encontrar casos de deslegalização²⁵³. Um deles é relativo a matérias constantes do art. 48 CF.

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

XII - telecomunicações e radiodifusão;”

Dessa forma, poderá o legislativo dispor acerca daquela matéria inclusive para deslegalizá-la²⁵⁴ e transferir sua disciplina para a alçada infralegal de um regulamento, por exemplo.

²⁵¹ *A Crise da Lei e seus Reflexos no Direito Administrativo: a Legalidade Questionada* DI PIETRO apud GROTTI, 2006, pág.19. “No Brasil, diferentemente do país lusitano, essa competência pode ser tanto autorizada pela Constituição como pela lei, na ocasião em que confere caráter regulamentador à Administração” (DI PIETRO, 2004 apud GROTTI, 2006).

²⁵² Roberto Mizuki Dias dos SANTOS, *Deslegalização e a Função Reguladora da administração Pública*, Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. pág. 134-152.

²⁵³ Inclusive, como se pode ver a seguir, em matéria disposta mediante decreto pelo Presidente da República, consoante o que estabelece o art. 84, VI, *b*. “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*.”

²⁵⁴ Roberto Mizuki Dias dos SANTOS, *Deslegalização e...*, 2003, pág. 171.

Observando, então, a deslegalização no caso brasileiro, chegamos a mesma conclusão anterior. De que não se trata de dar ao Poder Legislativo²⁵⁵ o poder de administrar, mas sim se utilizar do instrumento de deslegalização para só então cumprir uma função reguladora.²⁵⁶

E ainda que se vislumbresse a situação como uma espécie de função administrativa do Legislativo, não seria em nada absurdo ou plenamente incompatível com o princípio da separação dos poderes. Pois o ordenamento brasileiro admite que “*todos os poderes são dotados de funções administrativas, legislativas e judicantes*”²⁵⁷ em algum grau.

Assim, desde que o legislativo deslegalize a matéria em *judice*, não há porque o Executivo não cumprir com sua função reguladora.

Em contrapartida, o Legislativo estaria exercendo em algum grau uma função administrativa (em sentido amplo), de “*descongestionamento*”. Ao intervir no desnecessário aumento na quantidade de leis vigentes que ironicamente poderiam levar a insegurança jurídica e a antinomias.²⁵⁸

A deslegalização funciona então como condição ao adequado exercício da função reguladora pela Administração. Especialmente no que tange aos seus Entes especializados dotados de poder regulamentar autônomo.

Funciona, assim, inesperadamente e sob essa perspectiva, como verdadeiro cintilante do princípio da legalidade, ao estabelecer que após a autorização da lei formal, os órgãos reguladores estão habilitados a exercer dita função.

Apesar de entendermos dessa maneira, a doutrina brasileira²⁵⁹ não é unânime. Motivo pelo qual para fins de aprimoramento do tom que o fenômeno da

²⁵⁵ Congresso Nacional, naquele caso a Assembleia Legislativa.

²⁵⁶ Roberto Mizuki Dias dos SANTOS, *Deslegalização e a Função...* Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. pág. 136.

²⁵⁷ Roberto Mizuki Dias dos SANTOS, *Deslegalização e a Função...* Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. pág. 137.

²⁵⁸ De fato, ainda que a atividade legiferante seja essencial para dar segurança jurídica aos cidadãos, o assombroso número de leis que dão “nova redação” a textos antigos é capaz de causar o efeito inverso, dificultando a organização de um ordenamento jurídico sólido e confiável.

²⁵⁹ Pontes de Miranda tece críticas duras quanto a isso, a qual consideramos superada. in Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 366.

deslegalização assume dentre os mais relevantes estudiosos, desde seu estopim até os dias atuais, vale transcrever o entendimento de Gustavo Binimbojm. Para quem, contrariamente:

“[tal preceito] importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição - o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada, incompatível com a carta da República.

*Ao ângulo material, a adoção da tese de deslegalização significaria que a agência não mais estaria sujeita às normas ditadas pela autonomia dos cidadãos [...]*²⁶⁰

Celso de Mello de maneira semelhante argumenta que no Brasil estamos perante uma Constituição rígida e que o fato do legislador ordinário se sobrepor ao Constituinte subverte a hierarquia entre Constituição e lei.²⁶¹

Mas afinal, a deslegalização é delegação de competência? E mais, tem o regulamento no Brasil o poder de revogar uma lei?

Já esclarecemos que, refutando oportunamente a tese do eminente autor, quanto a primeira dessas perguntas, não se confunde delegação de competências (ainda que de forma “diferida” ou “disfarçada” ou mesmo “indireta” como argumentam alguns²⁶²) com deslegalização.

²⁶⁰ Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961

²⁶¹ A doutrina contrária ao instituto ora estudado ainda encontra argumentos no artigo 25 da ADCT, que teria vedado expressamente a delegação de competência normativa do Legislativo ao Executivo. Fabiano MENDONÇA afirma que: “Como todo texto da norma, sua interpretação deve ser contextualizada. Volta-se ela não apenas à delegação do legislativo, mas a norma como Ato Institucional nº 05/68, o qual autorizava ao Presidente da República não só decretar o recesso do Congresso, como, inclusive, editar emendas constitucionais, como o fez. Dispositivo autoritário equivalente também estava presente na Carta de 1937. (...) Entenda-se, então, que, de outubro de 1988 para frente, caberia apenas ao próprio Congresso, livre e democrático, controlar o seu exercício de poder. Não se pode retirar daí interpretação de vedação mais extensa, diante do que já foi apontado com o uso da tradicional interpretação lógico-sistemática da Carta Magna.” Conforme Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. In, Fabiano MENDONÇA, *Agências Reguladoras: A Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional*, pág. 109. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961

²⁶² A exemplo de Celso de MELLO.

Com toda vênia aos ilustres juristas que enxergam de maneira destoante, a nosso ver a deslegalização não implica delegação de competência, mas antes figura como etapa formal do exercício de uma função reguladora da Administração.

Ela não existe para esse fim, ou *a priori* com esse propósito, tampouco serve somente para esse efeito.

Ao analisar o art. 174 da CRFB se chega à conclusão de que a própria Constituição confere ao Estado o múnus de agente normativo e regulador²⁶³. Sendo certo que, observados os ditames legais, deve este cumprir o mister do qual foi revestido.

Alexandre dos Santos Aragão²⁶⁴ vem para iluminar ainda mais qualquer mal-entendido que subsista. Quando assevera que a deslegalização não pode ser assumida como uma *“transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria”*²⁶⁵.

Ademais, lança mão de um dos mais contundentes pensamentos até então, ao questionar:

*“[...] se [o legislador] tem poder para revogar uma lei anterior, porque não o teria simplesmente para rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria de, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?”*²⁶⁶

²⁶³ Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961

²⁶⁴ Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. In, Alexandre Santos de ARAGÃO, *O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito*, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 37, n. 148, outubro/dezembro, 2000. Disponível em: www.senado.org.br/web/cegraf

²⁶⁵ Decorrendo, pois, do princípio da essencialidade da legislação.

²⁶⁶ Alexandre Santos de ARAGÃO, *O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito*, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 37, n. 148, outubro/dezembro, 2000. Disponível em: www.senado.org.br/web/cegraf

Seja qual for a direção da discussão, seguindo a linha de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira²⁶⁷, seria mais ponderado referir o que está a ocorrer como atribuição de competência à Administração pelo legislador. Ou, indo mais longe, como a abertura de possibilidade, no âmbito da liberdade de conformação do Legislativo, para a eventual atribuição de competência à Administração pelo legislador.

O que configura assim uma faculdade do Executivo de atuar ou não nesse sentido²⁶⁸ e se aproveitar ou não da possibilidade que lhe foi conferida pelo Legislativo.

É como, para alguns²⁶⁹, que ao se proceder a deslegalização se estivesse simultaneamente criando um rol negativo das matérias que não podem ser objeto de delegação.

Não é por acaso que a questão fica mais delicada e dá ensejo a uma concepção no sentido de uma amplitude discricionária demasiada para a atuação das agências reguladoras.

Mas o fato do legislador se utilizar da deslegalização para “rebaixar” formalmente a lei e assim possibilitar a “delegação”, não significa por outro lado, que ele está indicando indiretamente quais matérias não podem ter sua competência atribuída.

Tampouco, tendo em vista isso, resta não observado os limites taxativos da Lei Fundamental brasileira sobre quais matérias podem ser objeto de delegação. Mais uma vez: a deslegalização ocorre a nível formal e não encerra a outra questão à nível material.

Quanto a questão acerca da qual se indaga se um regulamento pode revogar ou não uma lei, já sabemos que em Portugal isso não prospera, por exigência do

²⁶⁷ Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. In Rafael Carvalho Rezende de OLIVEIRA, *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*.

²⁶⁸ E no caso dos Entes descentralizados evidentemente relativo à sua especialidade

²⁶⁹ Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961

art. 112º nº 5 da Constituição. Além disso, a deslegalização encontra limites nas matérias de reservas legais.

No Brasil também não. O ato normativo emitido deverá estar dentro dos limites da lei, não podendo contrariá-la, tampouco revogá-la. Pelo contrário, podendo ser revogado por ela.²⁷⁰

Nesse sentido, Aragão: *“o legislador, no uso de sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais”*.²⁷¹

Capítulo III

A Invalidade do regulamento administrativo no direito comparado entre Brasil e Portugal

1. O Procedimento Regulamentar

1.1. Considerações sobre a Lei nº 9784/99 face ao Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro.

Inicialmente, é preciso salientar que ao analisar o processo administrativo brasileiro, à primeira vista depara-se com o fato de que a respectiva Lei que o regula, Lei nº 9.784/99, está atribuída ao âmbito da Administração Pública Federal. Isto é, aplica-se a nível Federal e a toda extensão dos três poderes.

²⁷⁰ “Alguns entendem que a revogação da lei anterior não acontece no momento da expedição do ato normativo da Administração. Ela se dá “pela própria lei deslegalizadora que, utilizando-se do ato normativo da agência, opera uma verdadeira ‘revogação diferida’ no tempo”. Ou seja, a revogação da lei anterior é operada por outra lei, qual seja, a lei deslegalizadora; as agências, dentro de suas atribuições técnicas, escolherão o melhor momento para tal “procedimento”. Ademais, a lei deslegalizadora estabelece parâmetros e princípios (*standards*) a serem seguidos pelo regulamento; que está vinculado aos princípios constitucionais (expressos e implícitos).” Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. In Rafael Carvalho Rezende de OLIVEIRA, *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 156.

²⁷¹ Ricardo DUARTE JR., A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. In Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961

Em Portugal, por sua vez, tendo em conta o fato de se constituir como um Estado Unitário Regional, o Código do Procedimento Administrativo, Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, deve ser observado pela Administração Pública em todo o território português, basicamente, conforme apregoa o próprio art. 2º do Código.

Ao suceder a análise dos princípios que regem os dois compilados e, por conseguinte que consagram os dois ordenamentos tem-se que a Lei brasileira contabiliza um total de onze princípios enunciados expressamente em seu artigo 2º *caput*²⁷² e aplicados segundo os requisitos e ditames do próprio dispositivo. Quais sejam, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No CPA a disposição é mais exaustiva e o tratamento individualizado, se estendendo a princípios não prestigiados explicitamente pela legislação brasileira. O que, logo, justifica o uso de praticamente 20 dos primeiros artigos no Código português para albergar os princípios.

No que se refere aos direitos e deveres dos administrados é possível notar que a Lei do Processo Administrativo brasileiro logo em seu artigo 3º dá ênfase a direitos, tais quais, o de tratamento urbano por parte das autoridades e servidores, a ciência e zelo pessoal quanto aos seus direitos e acompanhamento da tramitação do processo no qual é interessado, o direito a defesa pessoal através de alegações e documentos bem como a assistência facultativa por um advogado.

No CPA, por outro lado, pode-se encontrar disposições correspondentes, por exemplo, no artigo 82º cujo tópico está assente nos “Direitos dos interessados à informação”. Ou no artigo 83º relativo as consultas aos autos. Ou ainda no que adverte o artigo 67º no que diz respeito à intervenção dos particulares no processo.

Seguindo a ordem prosseguida pela Lei brasileira depara-se com os deveres dos administrados no seu artigo 4º que podem ser facilmente identificados com o que dispõe o artigo 60º do CPA quando determina os deveres gerais dos interessados sob a designação “Cooperação e boa-fé procedimental”.

²⁷² Lei nº 9.784/99 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Relativamente ao procedimento em si, mais especificamente quanto a legitimidade para dar início ao processo, a Lei 9.784/99 estabelece o princípio da oficialidade em seu artigo 5º²⁷³ e logo em seguida em seu artigo 6º enuncia os requisitos do requerimento inicial. Que de forma geral tenta prevenir a recusa imotivada por parte da Administração e ao mesmo tempo suprir eventuais falhas com o dever de orientação do interessado.

Por sua vez, no Código de Procedimento Administrativo o princípio da oficialidade pode ser encontrado no artigo 53º²⁷⁴ e os requisitos somente no artigo 102º nº 1.

No tocante aos interessados o artigo 9º da lei 9.784/99 enuncia as pessoas jurídicas que iniciam o processo, terceiros, organizações representativas e pessoas ou associações legalmente constituídas como legitimados. No CPA essa incumbência quanto a legitimidade cabe aos artigos 67º e 68º.

Já em seu artigo 10º²⁷⁵ a Lei brasileira declara a capacidade plena das pessoas maiores de dezoito anos. Em contrapartida, uma previsão específica correspondente no CPA com a menção a maioridade não pode ser encontrada.

Com relação a competência dos órgãos, esta encontra-se enunciada na lei administrativa brasileira nos artigos 11º (impossibilidade dos órgãos administrativos de abdicarem da sua competência)²⁷⁶ e 17º, já no CPA encontram-se disposições a respeito do mesmo tópico nos artigos 36º (“irrenunciabilidade e inalienabilidade”) e seguintes.

Nesse aspecto fica claro que o CPA é mais abrangente quando menciona no nº 2, 1ª parte do artigo 36º: *“É nulo todo o ato ou contrato que tenha por objeto a renúncia à titularidade ou ao exercício da competência conferida aos órgãos administrativos.”*

Uma notável curiosidade, no entanto, vem com a análise da digressão e organização quanto ao tema da competência nos respectivos diplomas. Uma vez

²⁷³ Art. 5º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado.

²⁷⁴ Artigo 53.º Iniciativa O procedimento administrativo inicia -se oficiosamente ou a solicitação dos interessados.

²⁷⁵ Art. 10. São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio.

²⁷⁶ Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

que enquanto na Lei 9.784/99 o capítulo da competência abarca a questão da delegação de poderes, o CPA versa a respeito desta última somente no capítulo seguinte.²⁷⁷

Sobre os impedimentos e suspeições é possível fazer uma correlação entre o que apregoa os artigos 18º a 21º da Lei brasileira e os artigos 69º a 76º do CPA.

Novamente aqui é possível identificar, especialmente a partir da observação dos impedimentos elencados nos artigos 18º da Lei 9.784/99 e 69º do CPA que este último é mais exaustivo que o primeiro. Quando nos debruçamos sobre a suspeição, o mesmo acontece. O CPA elabora previsões mais detalhadas e complexas (inclusive dispondo sobre as matérias que podem ser fundamento da escusa e suspeição) se comparado com a Lei brasileira, que se limita a prever a suspeição no caso em que pode ser arguida e objeto de recurso.²⁷⁸

Quanto à forma, tempo e lugar dos atos do Procedimento pode-se estabelecer similaridades entre os artigos 22º a 25 da Lei 9.784/99 e os artigos 86º ao 88º do CPA.²⁷⁹

Já em relação a comunicação dos atos e os artigos 26º a 28º da Lei 9.784/99 e os artigos 112º (forma das notificações) e 114º (notificação dos atos administrativos) do CPA, verifica-se que este último identifica mais métodos de notificação. Enquanto que o artigo 26º, § 3º da Lei 9.784/99 afirma “§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.” Sendo claramente vago e abstrato quando cita o termo “outro meio”.

Em Portugal o art. 97º do Código de Procedimento vem para consagrar o direito de petição, o dever de fundamentação e informação em matéria regulamentar.

²⁷⁷ Onde discorre ainda sobre questões prejudiciais, conflitos territoriais, controle, apresentação de requerimentos, suplência e substituição da competência.

²⁷⁸ Por exemplo artigo 73º, nº1, b).

b) Quando o titular do órgão ou agente, o seu cônjuge ou pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges, ou algum parente ou afim na linha reta, for credor ou devedor de pessoa singular ou coletiva com interesse direto no procedimento, ato ou contrato;

²⁷⁹ Prazos distintos a praticar pelos órgãos administrativos, sendo que o CPA estabelece um prazo de 10 dias úteis e a LFA um prazo mais encurtado de 5 dias úteis.

O art. 99º, logo em seguida, destaca a exigência de uma nota justificativa fundamentada. E os artigos 100º e 101º apresentam os princípios que pautam a audiência dos interessados e a apreciação pública dos projetos de regulamento.

No que se refere à publicação o art. 119º, nº 1, h) e art. 119º, nº 2 da CRP, precisam que a falta de publicidade dos regulamentos acarreta sua ineficácia jurídica.

E após a publicação, em Portugal, os regulamentos iniciam a sua vigência na data que neles estiver fixada ou, caso esta não seja fixada, cinco dias após a publicação, conforme art. 2º Lei 74/99, de 11 de novembro.

Apesar de o art. 139º prever a publicação de todos os regulamentos no Diário da República, tal norma deve ser interpretada sob o viés teleológico, para excluir os regulamentos das administrações autônomas.²⁸⁰

Sem deixar de lembrar que deve haver nesse momento a indicação expressa das leis que visam regulamentar ou, no caso de regulamentos independentes, das leis que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão.²⁸¹

No Brasil, por sua vez, os regulamentos são publicados²⁸² da mesma maneira que as normas legais e fica à cargo dessa publicação fixar o início da obrigatoriedade do ato do Poder Público em relação aos administrados.

Voltando aos regulamentos em Portugal, estes têm sua vigência cessada por caducidade, por revogação ou por decisão contenciosa (a recente declaração de invalidade).²⁸³

²⁸⁰ “Tratando-se de normas de aplicação geral, impõe-se a publicação dos regulamentos no Diário da República, dos regulamentos do Governo e das Regiões (artigo 119.º/1/h), e em boletim autárquico ou em edital (no máximo 5 dias,), dos regulamentos das autarquias locais (artigo 119.º, n.º 3, da CRP e artigo 91.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na versão da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro)”. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/43588/1/Li%C3%A7%C3%B5es%20de%20Direito%20Administrativo-5a.pdf>

²⁸¹ Artigo 112.º, n.º 7, da CRP e 136.º, n.º 2 e 3, do CPA <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/43588/1/Li%C3%A7%C3%B5es%20de%20Direito%20Administrativo-5a.pdf>

²⁸² Publicação integral do regulamento e do decreto que o aprova. Hely Lopes MEIRELLES, Direito, pág. 161.

²⁸³ Diogo Freitas do AMARAL, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª reimpressão, Almedina <https://psicanalisarodireitoadministrativo16b.blogs.sapo.pt/o-regulamento-administrativo-20637>

Por fim, o artigo 144º do CPA designa quem são os destinatários notificados e não encontra correspondente na Lei 9.784/99.

Fica evidente a partir desse breve escrutínio acerca das disposições de procedimento administrativo dos dois ordenamentos que as premissas brasileiras são substancialmente mais genéricas que as do Código português. Que muito embora também carregue em si um certo grau de generalidade, permite, sob diversa perspectiva, a possibilidade de uma atuação mais concreta por parte da Administração.

Indício disso é o fato de que enquanto o primeiro conta com breves 70 artigos, o outro é demasiadamente mais minucioso em 202 artigos.

1.2. As novidades do CPA de 2015 em matéria regulamentar

É evidente que por mais que o ordenamento jurídico português reserve um espaço maior para a disciplina regulamentar se comparado ao brasileiro, acumula naturalmente muitas menções a mais ao ato administrativo.

Antes do CPA/2015, no entanto, isso era protuberante. Críticas por parte da doutrina portuguesa a respeito do conteúdo ínfimo que o Código anterior fornecia ao regulamento eram profusas. Basta ver, por exemplo, que não se prestigiava questões fulcrais como o regime de validade dos regulamentos, a declaração administrativa de invalidade e outros pormenores acerca da tramitação.²⁸⁴

À época, a pergunta mais suscitada, inclusive por Raquel MONIZ, era sobre se a integralidade da matéria regulamentar deveria ser disposta e consagrada pelo Código de Procedimento Administrativo português²⁸⁵, como no ato administrativo.

Para nós, já não era de se tardar uma enunciação mais completa do regime do regulamento administrativo no CPA.

Ainda que se reconheça que os regulamentos possuem, diferentemente de outros modos de agir da Administração, prismas atípicos e outra profundidade. Tais

²⁸⁴ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 12.

²⁸⁵ *Idem*

quais, servir para reger a Administração internamente ou vincular o agir dos cidadãos através de um padrão de conduta²⁸⁶.

Por outro lado, um regime do regulamento administrativo no CPA fornece contributo para a teoria do regulamento e tece as bases de desenvolvimento e consolidação de um tema sempre tão instável e pautado historicamente por mudanças e cisões. Além, claro, de delimitar e positivar as margens do regime de invalidade a que este está sujeito.

Portanto, são notáveis os avanços e esforços nessa direção.

Antes de elencar específica e resumidamente as principais inovações que o CPA trouxe em termos de regulamento para o direito português, vale mencionar que as regras gerais de procedimento regulamentar constantes do CPA não prejudicam o que estabelece as leis especiais de elaboração de diversos regulamentos.

A primeira inovação sobressalente se encontra no art. 99º. Este prevê a exigência de os regulamentos serem aprovados com base num projeto acompanhado de uma nota justificativa fundamentada. Incluindo uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas. Aliás, o que, para alguns²⁸⁷, suscita dúvidas acerca da sua exequibilidade.

Além das insígnias designações sobre possibilidade de petição dos interessados e a consulta pública, os artigos 97º a 101º do Novo Código trazem consigo a audiência dos interessados e a consulta pública.

Não podemos deixar de mencionar, mais uma vez, a habilitação legal prévia no CPA. Mais especificamente no art. 136º, inclusive trazendo uma definição de regulamentos independentes.

Ademais, o número 4 do mesmo artigo indica que essa habilitação legal prévia também vale para *“quaisquer comunicações dos órgãos da Administração Pública que enunciem de modo orientador padrões de conduta na vida em sociedade com, entre outras, as denominações de «diretiva», «recomendação», «instruções»,*

²⁸⁶ *Idem*

²⁸⁷ Carlos Blanco de MORAIS, *Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no Código de Procedimento Administrativo*. “A impugnação no contencioso administrativo português, in “Temas e Problemas de Processo Administrativo” - Coord. Vasco Pereira da SILVA-ICJP e-book, Lisboa, 2010, págs. 86 e ss.

«código de conduta» ou «manual de boas práticas», ainda que estes não se caracterizem como regulamentos para efeito do Código.

Outro momento marcante, embora controverso, do CPA/2015, jaz nas relações de prevalência entre as categorias regulamentares. Digo controverso, pois, fez surgir desde então questionamentos quanto a sua constitucionalidade²⁸⁸, e dúvidas acerca das relações de hierarquia, competência e especialidade entre os regulamentos, assim como de seu regime revogatório e efeitos jurídicos.

Quanto à eficácia, ou seja, publicação²⁸⁹, vigência²⁹⁰, proibição de eficácia retroativa (dos regulamentos desfavoráveis)²⁹¹ e aplicação do regulamento, destaca-se o nº 2 do art. 142º. Porquanto traz a regra da inderrogabilidade singular, cujo influxo se dá no fato de os regulamentos obrigarem a Administração da mesma forma que o faz com os particulares, não podendo esta deixar de cumpri-lo.

Mas, louvável mesmo e de suma importância para matéria aqui tratada é a criação do novo instituto de “declaração de invalidade administrativa” passível de ser operada pela própria Administração. Além do mais, agora, os regulamentos estão pautados por novos parâmetros de validade.

Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes: “[...] *findou-se com o regime da nulidade para sancionar regulamentos ilegais (que se encontrava moribundo) e regulou-se figura da omissão regulamentar (e do regime que inere à sua declaração pela Administração).*”

A respeito da caducidade regulamentar, o art. 145º apreciou de maneira mais clara o efeito da revogação da lei para o regulamento de execução. Sendo certo que este caduca com a revogação das leis que regulamentam, exceto se acabarem por ser compatíveis com a lei nova. E enquanto não houver regulamentação desta.

Foram introduzidas, aliás, garantias através das condições dispostas no artigo seguinte no âmbito dos efeitos das revogações, nomeadamente, revogações indevidas. Através da determinação de que estarão vigentes as normas

²⁸⁸ Alexandre S. PINHEIRO, *Problemas de Constitucionalidade nas normas de Prevalência entre Regulamentos do Governo no Código de Procedimento Administrativo de 2015*.

²⁸⁹ Artigo 139.º

²⁹⁰ Artigo 140.º

²⁹¹ Artigo 141.º

regulamentares do regulamento indevidamente revogado de que dependa a aplicabilidade da lei exequenda ou de direito da União Europeia, já que estas não poderiam ter sido objeto de revogação sem que a matéria tenha sido simultaneamente objeto de nova regulamentação.

Por fim, no art. 147º foi pesado o tema da impugnação dos regulamentos, petição, reclamação endereçado ao autor do regulamento e recurso administrativo para órgão competente para a respectiva modificação, suspensão, revogação ou declaração de invalidade. Ou para reagir contra a omissão ilegal de regulamentos administrativos.

Não obstante o elogiável conjunto de novidades, há quem aponte que o Código ao delimitar um regime normativo próprio dos regulamentos externos nos artigos 137.º a 147.º deixou ao léu os regulamentos internos para uma espécie de “semi-limbo” jurídico²⁹². E em outras palavras, criou um critério de eficácia externa para os regulamentos definidos no CPA.

2. Parâmetros de Validade

A asserção sobre validade do regulamento além de caminhar paralelamente com o assunto que abordamos no tópico anterior acerca do poder regulamentar também traz à tona lições de teoria geral do direito de fato proveitosas. Raquel MONIZ explica que:

*“Nos termos da teoria geral do direito, a validade corresponde ao sentido normativo, à específica normatividade, que, associada à eficácia, enquanto momento da realidade da existência histórica, constitui uma das dimensões do específico modo de existência do direito (o «dever-ser que é»): a vigência.”*²⁹³

²⁹² Carlos Blanco de MORAIS, *Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no Código de Procedimento Administrativo*. “A impugnação no contencioso administrativo português, in “Temas e Problemas de Processo Administrativo” - Coord. Vasco Pereira da SILVA-ICJP e-book, Lisboa, 2010, págs. 86 e ss.

²⁹³ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 372.

E no que isso implica? A autora explica que, por conseguinte, a validade das normas dependerá de valores e exigências axiológicas que deem consistência ao sistema.²⁹⁴

Na prática, reflexo disso pode ser observado no cerne atual²⁹⁵ dos critérios (ou parâmetros) de validade do regulamento administrativo em Portugal. Porquanto pautado pelo princípio da juridicidade e, em sendo assim, pela consideração de que devem ter em conta a relação do regulamento com a unidade do sistema jurídico. Isto é, com princípios normativos, a Constituição, a lei, outros regulamentos e até mesmo outras formas de atuação administrativa.²⁹⁶

O que nos interessa agora, então, não é discorrer sobre teoria de validade, mas antes, olhar brevemente para os parâmetros do regulamento sob o viés teórico para fins de identificar ao que e a quem ele está vinculado (sem desmerecer as particularidades de cada bloco). E assim enxergar o sistema de maneira mais complexa e multifacetada.

A partir desse raciocínio fica mais fácil compreender porque as normas de invalidade do regulamento administrativo dispostas no Art. 143º do CPA²⁹⁷ determinam inválidos os regulamentos desconformes com a Constituição; a lei; os princípios gerais de direito administrativo; os que infringem normas de direito internacional ou de direito da União Europeia; os que desrespeitam os regulamentos emanados dos órgãos hierarquicamente superiores ou dotados de poderes de superintendência ou pelo delegante²⁹⁸; e, ainda, os que desrespeitam os estatutos emanados ao abrigo de autonomia normativa (nas quais se funde a competência para a respectiva emissão).

Fica mais compreensível também conceber as causas de questões que se desencadeiam no espaço português. Como a da identificação das questões de inconstitucionalidade de regulamentos para a delimitação do âmbito da Justiça

²⁹⁴ *Idem*

²⁹⁵ Inaugurado formalmente com as mudanças no CPA, muito embora a doutrina portuguesa há vários anos já estivesse tecendo preocupações a esse respeito.

²⁹⁶ Raquel MONIZ em 2011 já enunciava essa necessidade.

²⁹⁷ Artigo que analisaremos com mais minúcia a seguir.

²⁹⁸ Salvo se a delegação incluir a competência regulamentar.

Administrativa face à Justiça Constitucional (no âmbito da vinculação dos regulamentos à Constituição).

Ou a imprescindível discussão sobre Invalidez versus preferência aplicativa nos casos em que os atos de Direito da União Europeia servem como parâmetro de vinculação dos regulamentos. Ou, ainda, a questão sobre os critérios de resolução de conflitos entre regulamentos (como hierarquia, especialidade e competência), no contexto da vinculação dos regulamentos a outros regulamentos.

É certo que qualquer que seja o nível da violação a qual se refere, a questão mais importante para nós, no entanto, ainda é determinar se o regime de invalidez do regulamento deve abarcar (em sintonia com o princípio da juridicidade), toda e qualquer violação do bloco de juridicidade a ser observado pela Administração. Ou se, por outro lado, sua aferição deve depender especificamente do parâmetro violado.

E mais, considerando que a antijuridicidade²⁹⁹ não se encerra na invalidez, pois abarca também a irregularidade e a inexistência³⁰⁰, não é qualquer ofensa aos parâmetros que afirma em última análise um regulamento como inválido.³⁰¹

A propósito, Raquel MONIZ³⁰² identifica quatro momentos estruturais para aferição da validade: (a) o sujeito, (b) o fim, (c) o conteúdo e (d) a forma.

Para ela a letra (a) se refere a necessidade de o regulamento estar conforme com as “normas relativas ao sujeito que o pratica”, seja ele o órgão administrativo ou a pessoa coletiva pública a que o órgão pertence.³⁰³ O ponto (b)³⁰⁴ como a própria palavra insinua se refere a finalidade do regulamento pautada no interesse público e definida pelo respectivo diploma habilitante.

²⁹⁹ Ver também André Salgado de MATOS, *Algumas Observações Críticas Acerca dos Actuais Quadros Legais e Doutrinais da Invalidez do Acto Administrativo*, in: Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 82, Julho/Agosto 2010, págs. 55 e ss.

³⁰⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 502.

³⁰¹ “É por este motivo que o conceito de ilegalidade aparece com um âmbito mais vasto que o de invalidez: de facto, uma ilegalidade dá origem quer a uma invalidez (vícios invalidantes), quer a uma mera irregularidade (vícios não invalidantes), quando a agressão ao interesse público se revista de menor gravidade.” Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 502.

³⁰² Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 504.

³⁰³ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 505.

³⁰⁴ *Idem*

Quanto a terceira estrutura, deve ser entendida como uma vinculação do regulamento aos efeitos jurídicos que produz no ordenamento.³⁰⁵

E por último, a forma deve ser compreendida tanto como o procedimento como o modo de exteriorização do regulamento.³⁰⁶

3. A invalidade do Regulamento administrativo no direito português

Segundo a definição exposta por Pedro Moniz Lopes³⁰⁷ a invalidade normativa é resultado de dois fatores principais. O primeiro é a verificação de uma relação de hierarquia entre as normas e o segundo é haver uma contradição necessária da norma inferior com as normas superiores.³⁰⁸

Rogério Soares³⁰⁹, por seu turno, define a invalidade como *“abrangendo todas aquelas hipóteses em que um acto (...), em virtude de uma divergência com as normas que o disciplinam com vista à protecção do interesse público, não pode produzir os efeitos a que se destinava ou não pode produzi-los com carácter estável”*.³¹⁰

Já com base em M. Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim³¹¹, tem-se que a invalidade, em termos mais lúdicos, *“(...) é um mal, uma «doença», resultante da sua desconformidade com as leis aplicáveis à respectiva prática e efeitos”*.³¹²

³⁰⁵ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 506.

³⁰⁶ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 507.

³⁰⁷ “ Assim, por exemplo, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos (Direito Administrativo Geral, III, cit., p. 254) parecem, segundo se entende, subordinar o critério da especialidade material aos demais critérios em jogo, quando afirmam que só «caso se conclua pela igual hierarquia de dois regulamentos, os eventuais conflitos existentes entre normas constantes de ambos têm que ser resolvidos fora dos quadros da preferência de lei, designadamente com apelo aos critérios da generalidade, especialidade e excepcionalidade normativas ou de sucessão temporal entre actos jurídicos».” Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo...* 2014, pág. 278. Disponível em: www.e-publica.pt

³⁰⁸ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 278. Disponível em: www.e-publica.pt

³⁰⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 501.

³¹⁰ Traduzindo-se, portanto numa “incapacidade de desencadear a título permanente os efeitos típicos do esquema legal”.

³¹¹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 501.

³¹² *Idem*

Normalmente, falar em invalidade leva a uma ponderação entre o princípio da legalidade³¹³ e o princípio da tutela da confiança, tendo em vista este último consistir em um princípio estabilizador.³¹⁴

Nesse diapasão, é natural também que a invalidade reverbere “*desvalores distintos*”³¹⁵. Pois a aferição da invalidade não destitui da análise dos seus efeitos jurídicos na direção de uma nulidade, anulabilidade ou da chamada invalidade atípica.

O que está em pauta, afinal, é ponderar a respeito da gravidade do vício e do fim da norma violada. Ou seja, se deve prevalecer:

*“[...] o interesse público da tutela da legalidade administrativa ou os interesses públicos da salvaguarda da certeza do direito e da continuidade da acção administrativa, bem como os interesses privados alicerçados à sombra do acto jurídico inválido.”*³¹⁶

3.1. Nulidade e Anulabilidade

Representação da relação entre legalidade e tutela da confiança já estava contida no Projeto do Código Administrativo de 2015³¹⁷. Pois quanto ao regime dos atos administrativos já se optava pela regra geral de anulabilidade como seu cerne.³¹⁸ Isso quer significar que os efeitos jurídicos da invalidade nos atos, se produzem somente em casos concretos.

³¹³ Na sua reversão proibitiva, repudia a produção de efeitos de atos, normativos ou não, contrários a normas hierarquicamente superiores.

³¹⁴ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 281. Disponível em: www.e-publica.pt

³¹⁵ Ver Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 280. Disponível em: www.e-publica.pt

³¹⁶ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 519.

³¹⁷ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 280. Disponível em: www.e-publica.pt

³¹⁸ “A construção jurídica da teoria das invalidades no Direito Administrativo é, em larga medida, tributária da teoria do acto administrativo, onde se verifica uma mais significativa

O mesmo não pode ser dito quanto ao que se observa o regime dos regulamentos. Uma vez que, pela sua própria definição, é sabido que se constituem por normas gerais e abstratas, e em sendo assim os efeitos jurídicos da invalidade nesse caso levam a uma espécie de “bloqueio” ou “alteração”³¹⁹ da matéria da norma violada, atingindo a generalidade dos sujeitos e repercutindo em todos os casos de aplicação da norma em questão.

Nesse condão, caso houvesse a atribuição de anulabilidade para o caso dos regulamentos, isso teria como consequência última, conforme as ponderações de Pedro Moniz Lopes, a subversão do sentido nº 5 do art. 112º da CRP, dado que a produção dos efeitos do regulamento ilegal continuaria a ocorrer.

Além disso, estaria permitida a inimpugnabilidade contenciosa das respectivas normas e como consequência elas consolidar-se-iam no ordenamento jurídico. Dando causa, por sua vez, a uma revogação tácita da norma legal violada, pelo regulamento.

Como já discorremos algumas vezes ao longo da dissertação, essa revogação não é constitucionalmente admitida no direito português.

Por isso é que tanto a jurisprudência como a doutrina portuguesa concordam que o desvalor, no caso da ilegalidade dos regulamentos, corresponde a nulidade³²⁰, conforme art. 162.º do CPA.

Surpreendentemente, apesar disso, a condição de nulidade dos regulamentos inválidos não está expressamente mencionada no Código. Muito embora o nº 1 do art. 144 do CPA a afirme implicitamente na medida em que prevê que invalidade do regulamento pode ser invocada a todo o tempo e inclusive a todo tempo pode ser

sedimentação de conceitos que na teoria do regulamento ou que na teoria do contrato administrativo.” Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 518.

³¹⁹ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 280. Disponível em: www.e-publica.pt

³²⁰ “O mesmo raciocínio tem sido, aliás, transponível para o caso de normas regulamentares violadoras de outras normas regulamentares paramétricas.” Conforme Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 280. Disponível em: www.e-publica.pt

declarada pelos órgãos administrativos competentes³²¹, em consonância com o regime de nulidade previsto no art. 162º do CPA, mais especificamente em seu nº 2.

É certo que a nulidade³²² é encarada, tradicionalmente, como a sanção mais gravosa. Aquela dotada dos efeitos jurídicos com consequências mais radicais a serem produzidos pela norma declarada inválida. Isto é, caracterizada pela improdutividade jurídica dos efeitos normais do ato afetado.

Tendo isso em conta, a nulidade absoluta que se verifica nesse caso encontra razão no fato de os regulamentos, por serem atos normativos (e como tais se destinarem a um número indeterminado de destinatários, com a respectiva aplicação perdurando no tempo), causarem, em regra, vultuosa repercussão na realidade e na concretização do ordenamento ao violarem a lei.³²³

Assim, é justamente a esse regime que os regulamentos estão sujeitos³²⁴.

Em contrapartida à tradicional e típica preferência do Direito Administrativo pela anulabilidade enquanto “sanção regra”, com base num argumento de presunção de validade, por sinal, não mais tão assente em Portugal.³²⁵

3.2. Invalidade no CPA

³²¹ Aliás, referida previsão, além de constituir decorrência do princípio da legalidade, consiste em novidade impagável quanto ao regime de invalidade do regulamento administrativo em Portugal.

³²² “Já em matéria de invalidade de normas, tem prevalecido o que a doutrina vem designando como o dogma da nulidade a apontar, estando em causa regulamentos, inequívoca e primacialmente, no sentido da nulidade.” Ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 525.

³²³ Rui Chancerelle de MACHETE, *O Regulamento Administrativo*, Intervenção no quadro da discussão pública sobre o Projecto do Novo Código De Procedimento Administrativo (NCPA), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Junho 2013 in *Liber Amicorum* Fausto de QUADROS, Coordenadores Marcelo Rebelo de SOUZA e Eduardo Vera-Cruz PINTO, Almedina, Coimbra, Agosto 2016, pág., 713.

³²⁴ “Por outro lado, regulamentos carentes em absoluto de forma legal serão, por identidade ou maioria de razões subjacentes ao prescrito nos artigos Artigo 161.º nº 2 g) e Artigo 162.º nº 1.” Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 282. Disponível em: www.e-publica.pt

³²⁵ “Inicialmente, esta posição encontrava-se suportada pelo argumento da presunção de validade dos actos da Administração (*favor acti*). Todavia, tal fundamento contém hoje um alcance pouco amplo: se as decisões administrativas são propostas à realização do interesse público, devendo, em princípio, considerar-se legítimas, tal não confere qualquer tipo de «legitimidade provisória» aos actos administrativos.” Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 520.

3.2.1 O regime da invalidade do regulamento por violação da Constituição

No que importa a invalidade do regulamento por violação à Constituição pode-se ater ao que consagra o artigo 143.º n.º 1 do CPA. Relativo à invalidade sob a perspectiva de resultado do desrespeito do regulamento pela hierarquia das fontes de direito. Ou, nas palavras de Rui Chancerelle Machete³²⁶, pela violação do princípio da preferência da fonte de direito de grau superior.

Donde se lê: “São inválidos os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia.”

Em Portugal, o regime de fiscalização da constitucionalidade não atribui, por força do art. 277º n.º 2, especificidades quanto ao tipo de vício do qual se trata. Se material, formal ou procedimental.³²⁷ Nesse caso, isso significa que a inconstitucionalidade do regulamento pode até mesmo ser “neutra”.³²⁸

No que tange ao processo de fiscalização abstrata sucessiva, em solos portugueses devem ser observados os artigos 281.º e 282.º CRP.

Quanto ao que chamam de fiscalização concreto de constitucionalidade³²⁹ (análogo ao controle concreto de constitucionalidade no Brasil), diferentemente do que ocorre no sistema de fiscalização anterior, a decisão positiva do Tribunal Constitucional não implica a eliminação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico.³³⁰

Conclui-se através da investigação realizada que a inconstitucionalidade dos regulamentos no país, pela natureza declarativa das decisões judiciais, conduz ao que Raquel MONIZ chama de a improdutividade *ipso iure* do ato afetado. Além disso, como já vimos, leva também a impugnação da norma a todo tempo (art. 144º

³²⁶ Rui Chancerelle MACHETE, *O Regulamento Administrativo*, pág., 712.

³²⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 530.

³²⁸ “Não desvanece a circunstância de estar em causa uma violação de um parâmetro de vinculação dotado de uma força normativa superior.” Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 531.

³²⁹ Moldada sob a inspiração do sistema norte-americano da *Judicial Review*.

³³⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 533.

nº 1), a um vício não sanável, que, no entanto, não prejudica a obrigatoriedade do ato, conforme nº 3 do art. 162º do CPA³³¹.

Tudo isso, dá à nulidade o status de regra de invalidade das normas constitucionais em Portugal.³³²

3.2.2. O regime da invalidade do regulamento por violação de normas de direito internacional e direito europeu

Mais uma vez o art. 143º nº 1 do CPA vem para tratar da invalidade dos regulamentos administrativos, agora por violação de normas de direito internacional e da União Europeia. Senão vejamos.

Artigo 143.º nº 1: *“São inválidos os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia.”*

Por fins de esclarecimento é importante dizer que essa invalidade somente ocorre na hipótese de regulamentos europeus e que vigorem diretamente no ordenamento jurídico português sem que haja para tal a necessidade de atos nacionais de transposição.³³³

Isso se dá tendo em vista que, conforme Pedro Moniz LOPES: *“a relação de invalidade apenas se afere dentro de um conjunto normativo ou, pelo menos, quando as normas em questão pertençam a ordenamentos dependentes entre si ou numa relação de coordenação ou subordinação.”*

³³¹ Salvo quando esteja em causa uma violação de direitos, liberdades e garantias abrangida pelo direito de resistência (Artigo 162.º nº 3). Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa e Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*, (Contributo para a Teoria dos Regulamentos), Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, janeiro 2011.

³³² Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 533.

³³³ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 279. Disponível em: www.e-publica.pt

Melhor explicitando, um regulamento nacional deve estar numa posição se ser necessário à execução de uma matéria de regulamento europeu e viola-la.³³⁴

No que concerne as normas de direito internacional somente aquelas que vigorem no ordenamento jurídico português independentemente de atos internos de aprovação, ratificação ou publicação serão passíveis de gerar a invalidade de regulamentos.³³⁵

3.2.3. A vinculação dos regulamentos a outros regulamentos

Conforme o nº 2 do artigo 143.º do CPA:

“2 — São também inválidos:

a) Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados dos órgãos hierarquicamente superiores ou dotados de poderes de superintendência;

b) Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados pelo delegante, salvo se a delegação incluir a competência regulamentar;

c) Os regulamentos que desrespeitem os estatutos emanados ao abrigo de autonomia normativa nas quais se funde a competência para a respetiva emissão.”

Sendo assim, haverá invalidade nos casos de: violação de regulamentos emanados de superiores hierárquicos por regulamentos de quem esteja em posição hierárquica inferior; violação de regulamentos provenientes do órgão delegante por regulamentos criados pelo órgão delegado, (excluindo o âmbito da delegação de competência regulamentar); e violação de normas de competência exclusiva estabelecida em estatutos autonómicos.

Nos dois primeiros casos, contudo, contradições necessárias entre as normas regulamentares deverão estar presentes.

³³⁴ A competência, o procedimento e forma dos atos regulamentares constituem, como atrás já se referiu, reserva de normas de direito nacional.

³³⁵ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 279. Disponível em: www.e-publica.pt

O critério da especialidade poderá servir para a resolução do conflito, ainda que isso se verifique mais árduo nas hipóteses de hierarquia administrativa ou superintendência.³³⁶

Já o nº 3 do artigo se perfaz relativamente aos estatutos. Normas internas organizatórias que pela sua ligação com as competências para a emissão de regulamentos adquirem efeitos externos. A nulidade desses estatutos estará configurada mediante a violação das normas por regulamentos advindos de órgãos cuja competência se baseiem neles.³³⁷

3.2.3.1. A questão da Invalidade versus preferência aplicativa

Há ainda, uma célebre problemática envolvendo a relação entre regulamentos e a invalidade regulamentar em Portugal.

Sabe-se que, no geral, vale no país o entendimento segundo o qual entre regulamentos externos estão presentes os princípios da ausência de hierarquia e da igualdade de valor típico. Por isso, em regra, é muito provável que não haja na maioria das vezes grandes conflitos normativos, uma vez que os regulamentos possuem seu âmbito específico de aplicação consoante as competências próprias de cada autoridade.³³⁸

Os conflitos que vierem a ocorrer no âmbito de aplicação, desde que não se refiram a mera sucessão de regulamentos, que origina a precedência do regulamento posterior, serão resolvidos pelos critérios da especialidade, da hierarquia e da competência.³³⁹

³³⁶ “A ser aceitável a resolução de um conflito por esse critério, sê-lo-á com mais facilidade no contexto dos poderes de superintendência do que, naturalmente, no contexto da hierarquia.” Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 279. Disponível em: www.e-publica.pt

³³⁷ Rui MACHETE, *O Regulamento Administrativo*, pág., 713.

³³⁸ Princípio da atribuição ou princípio da competência. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 153.

³³⁹ Por exemplo, o conflito entre um plano diretor municipal e um plano de pormenor será resolvido pelo critério da especialidade e competência. José Carlos Vieira de ANDRADE..., 2017, págs. 154.

Ou seja, vê-se que o artigo 138º do CPA figura como uma exceção desses princípios da ausência de hierarquia e da igualdade de valor típico.³⁴⁰

No que concerne os regulamentos governamentais deve ser seguido o que apregoa o artigo 138.º, n.º 3 do CPA:

“Artigo 138.º Relações entre os regulamentos

3 — Entre os regulamentos governamentais estabelece-se a seguinte ordem de prevalência: a) Decretos regulamentares; b) Resoluções de Conselho de Ministros com conteúdo normativo; c) Portarias; d) Despachos.”

No caso dos Decretos regulamentares a preferência tem fundamento no seu valor formal reforçado pela promulgação pelo Presidente da República. E no caso das Resoluções normativas do Conselho de Ministros o fundamento está no seu valor substancial reforçado.

Quanto aos regulamentos advindos de órgãos colocados numa relação de hierarquia ou de superintendência entre si, os regulamentos da autoria dos órgãos superintendidos não podem contrariar os regulamentos emanados pelos superintendentes sobre matéria que seja de atribuição e competência comum.³⁴¹

A partir do mesmo raciocínio, exceto se a delegação incluir a competência regulamentar, os regulamentos da autoria dos delegados devem observar os regulamentos emanados pelo delegante. Caso contrário, o desrespeito conduz a invalidade por força do n.º 2, alíneas a) e b) do artigo 143º do CPA.

Já como consequência da alínea c) deste mesmo artigo são inválidos os “regulamentos” e “regimentos” emanados dos respectivos órgãos que violem os estatutos nos quais se funde a competência para a respectiva emissão, no contexto das autarquias institucionais e corporativas que disponham de autonomia estatutária.³⁴²

³⁴⁰ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 153.

³⁴¹ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 154.

³⁴² José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 154.

No caso dos regulamentos das autarquias locais, pessoas coletivas públicas de fins múltiplos, vale o que dispõe o artigo 241.º da Constituição. Assim *“devem respeitar os limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior (isto é, das que têm jurisdição territorial mais ampla) ou das autoridades com poder tutelar (Governo ou governos regionais).”*³⁴³

A problemática consiste em saber se este preceito deve ou não ser interpretado como que criando uma relação de subordinação abstrata, hierárquica e automática entre regulamentos, com a ulterior decorrência na invalidade das normas subordinadas.³⁴⁴

Podem ser feitas duas acepções neste ponto. Pois, se a supremacia nada mais é do que uma mera prevalência ou preferência aplicativa dos regulamentos preferidos quanto aos preteridos, *“por outro lado, a prevalência dos regulamentos governamentais só é admissível relativamente às matérias de interesse nacional e na medida em que a lei determine a existência de tutela normativa do Governo ou dos governos regionais, tutela que não se presume.”*³⁴⁵

Então, quando se tratar de matérias de sobreposição de atribuições e competências governamentais com atribuições e competências autárquicas³⁴⁶, segundo, José Carlos Vieira de ANDRADE, a prevalência deve ser avaliada de acordo com o que demanda cada situação. E em função das normas de competência, sempre interpretadas a partir do sistema constitucional.³⁴⁷

E se não for possível a aplicação cumulativa das normas nacionais e autárquicas, concordamos com o autor na medida em que *“devem valer as normas autárquicas enquanto normas especiais, salvo se a preferência das normas*

³⁴³ *Idem*

³⁴⁴ À semelhança do que acontece na relação dos regulamentos com as leis e com as normas constitucionais. Ver André Salgado de MATOS, *Algumas Observações Críticas Acerca dos Actuais Quadros Legais e Doutrinários da Invalidade do Acto Administrativo*, in: Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 82, Julho/Agosto 2010, págs. 55 e ss.

³⁴⁵ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 155.

³⁴⁶ Por exemplo, em matéria de ambiente e de ordenamento do território.

³⁴⁷ “Tendo em conta que os princípios da subsidiariedade, da autonomia local e da descentralização democrática da Administração Pública (artigo 6.º da Constituição) limitam o princípio da prevalência do interesse nacional – devendo privilegiar-se os princípios de cooperação e de coordenação de interesses nacionais e locais contra uma concepção “estatista” e centralizadora da administração pública.” José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições...*, 2017, págs. 155.

*governamentais se impuser, seja perante a deficiência da regulamentação local, seja pela necessidade imperiosa de assegurar uma realização uniforme do interesse nacional.*³⁴⁸

No que diz respeito a relação entre o regulamento administrativo e normas de direito da União Europeia, como vimos, logo no início da presente investigação, a possibilidade de que normas regulamentares nacionais sejam emitidas a fim de promover a boa execução de normais europeias gera uma relação de “*prevalência* ou de *prevalência aplicativa*”.³⁴⁹

E tal como frisa Raquel MONIZ, essa relação “*não determina a invalidade das normas nacionais quando as mesmas contrariem o disposto em normas comunitárias.*”³⁵⁰

Consideramos, na mesma linha, que antes se trata de uma questão de eficácia, e não de invalidade. Pois a preferência de aplicação atingirá o regulamento no que tange aos seus efeitos e não resultará de fato na sua invalidade. Uma vez que, por exemplo, caso não mais existente a norma de direito da União Europeia a qual se deu preferência aplicativa, o regulamento nacional voltará a ter eficácia e a produzir efeitos.

3.2.4. Declaração de invalidade

No que tange a declaração de invalidade tem-se que:

“Artigo 144.º Regime de invalidade

1 — A invalidade do regulamento pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser declarada pelos órgãos administrativos competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 — A declaração administrativa de invalidade produz efeitos desde a data de emissão do regulamento e determina a repriminção das normas que ele haja

³⁴⁸ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 155.

³⁴⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, págs. 13-14.

³⁵⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 15.

revogado, salvo quando estas sejam ilegais ou tenham deixado por outro motivo de vigorar, devendo o órgão competente reconhecer o afastamento do efeito repristinatório, quando este se verifique.”

Em primeiro lugar, é preciso observar que ela poderá ser declarada ou por qualquer interessado ou pelos órgãos administrativos competentes. Ou seja, não poderá ser declarada por quaisquer órgãos administrativos a não ser aquele que exerça funções de controle.³⁵¹

Em consonância com o art. 144º do CPA está o art. 74º do CPTA³⁵². Dessa forma, lá está prevista a faculdade de que também a declaração de ilegalidade seja pedida a todo tempo.

Segundo o raciocínio de Raquel MONIZ, esta previsão tem razão de ser tendo em vista que a imposição de um prazo pra que isso ocorresse permitiria o arbítrio das entidades com legitimidade processual ativa (isto é, na zona de inferência do regulamento), ao manter normas ilegais no ordenamento jurídico português. E portanto, permitiria uma “derrogação” de leis por regulamento a partir do momento em que transcorresse o prazo de impugnação.³⁵³

3.2.5. Prazos

O nº 2 do art. 144 do CPA traz a regra geral de um prazo de seis meses, a contar da data da sua publicação, para que seja procedida a impugnação do regulamento ou a declaração de invalidade oficiosa pela Administração.

Mas este regulamento deve reverberar uma ilegalidade formal ou procedimental. Ou seja, é aplicável apenas aos casos de invalidade por violação de

³⁵¹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 319.

³⁵² Artigo 74.º Prazos 1 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a declaração de ilegalidade de normas pode ser pedida a todo o tempo.

³⁵³ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 538.

disposições legais ou regulamentares de forma ou procedimento.³⁵⁴ O próprio artigo usa a expressão “ilegalidade” ao invés de invalidade. *In verbis*.

“Artigo 144.º Regime de invalidade

2 — Os regulamentos que enfermem de ilegalidade formal ou procedimental da qual não resulte a sua inconstitucionalidade só podem ser impugnados ou declarados oficiosamente inválidos pela Administração no prazo de seis meses, a contar da data da respetiva publicação, salvo nos casos de carência absoluta de forma legal ou de preterição de consulta pública exigida por lei.”

Por conseguinte, como se extrai do próprio texto, esse prazo de seis meses não valerá nas hipóteses de inconstitucionalidade formal ou procedimental do regulamento.

Antes mesmo da vigência do atual CPA, Raquel MONIZ sugeria que um prazo para a arguição desses tipos de ilegalidades somente faria sentido caso também fosse estendida à declaração judicial de legalidade de regulamentos.

Hoje sabemos que, com o advento da declaração de invalidade pela própria administração, desde que a invalidade seja relativa à ilegalidade formal ou procedimental, esse prazo é estendido a esta.³⁵⁵

Aliás, como já era esperado pela doutrina portuguesa³⁵⁶, o citado art. 74º do CPTA está alterado pelas normas introduzidas pelo DL n.º 214-G/2015, de 02 de outubro:

Resta agora analisar o efeito repristinatório da declaração de invalidade previsto no CPA.

³⁵⁴ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 318.

³⁵⁵ A autora já defendia a existência de regimes distintos de invalidade, moldados em função do tipo de vício que afeta o regulamento e da natureza do parâmetro de vinculação violado, admitindo-se a existência de invalidades mistas. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 319.

³⁵⁶ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 281. Disponível em: www.e-publica.pt

3.2.6. Efeito repristinatório

Vejamos o que prevê os números 3º e 4º do art. 144º:

“Art. 144º

3 — A declaração administrativa de invalidade produz efeitos desde a data de emissão do regulamento e determina a repristinação das normas que ele haja revogado, salvo quando estas sejam ilegais ou tenham deixado por outro motivo de vigorar, devendo o órgão competente reconhecer o afastamento do efeito repristinatório, quando este se verifique.

4 — A retroatividade da declaração de invalidade não afeta os casos julgados nem os atos administrativos que se tenham tornado inimpugnáveis, salvo, neste último caso, quando se trate de atos desfavoráveis para os destinatários.”

De plano, é nítido que o nº 3 deste artigo afirma o efeito retroativo da declaração administrativa de invalidade. Para a insatisfação de parte da doutrina portuguesa³⁵⁷, contudo.

Pois há muito se defende que o preceito deveria fazer a eficácia da declaração de invalidade retroagir até a data em vigor do regulamento ao contrário de praticamente copiar o que já constava do antigo nº 1 art. 76º do CPTA quanto a reportar os efeitos à data da sua emissão. Que agora, lê-se:

“Artigo 76.º Efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral

1 - A declaração com força obrigatória geral da ilegalidade de uma norma, nos termos previstos neste Código, produz efeitos desde a data da entrada em vigor da norma, salvo no caso de ilegalidade superveniente.”

Ou seja, caso se trate de invalidade superveniente os efeitos serão revertidos a data em que o regulamento se tornou inválido, ou melhor, à entrada em vigor da “alteração do parâmetro de vinculação do regulamento”³⁵⁸.

³⁵⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 319.

³⁵⁸ *Idem*

O artigo traz ainda a repristinação das normas dos regulamentos que haveriam de ser revogadas caso o regulamento agora inválido tivesse produzido seus efeitos normalmente.

Na visão de muitos, e com a qual corroboramos, na medida em que o regulamento inválido é um diploma de suma importância no âmbito da execução de uma norma legislativa e até mesmo de direito da União Europeia, essa solução quanto a repristinação se mostra sensata. Sobretudo porque caso a declaração de invalidade não viesse com a emanção de um novo regulamento isso poderia acarretar uma omissão legal.³⁵⁹

Para Rui Machete³⁶⁰, entretanto, não há em verdade uma verdadeira repristinação. Pois, para ele, o regulamento anterior não foi de fato revogado pela norma regulamentar inválida (art. 144º nº 3). Então o que ocorre nada mais do que o reconhecimento público pelo órgão competente quanto a validade do regulamento anterior.

A norma em questão traz consigo o que Pedro Moniz Lopes, com base em Gomes Canotilho, afirma ser um mínimo carácter constitutivo, embora se trate de uma invalidade declarada. Ele admite, assim, que o regulamento vincula até ser declarado inválido.³⁶¹

Ademais, segundo o mesmo autor, quanto ao artigo correspondente ainda previsto no Projeto:

*“[...] por emissão deve entender-se, no contexto deste artigo, entrada em vigor, não fazendo sentido que a os efeitos da declaração de invalidade retroajam a uma data anterior ao início de vigência regulamentar.”*³⁶²

O nº 4 do art. 144º do CPA apresenta ainda uma exceção. A primeira parte do nº 4 deste dispositivo afirma que a retroatividade da declaração de invalidade não interfere nos casos julgados. E a segunda parte assevera que no caso dos atos

³⁵⁹ *Idem*

³⁶⁰ Rui MACHETE, *O Regulamento Administrativo*, pág., 713.

³⁶¹ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 282. Disponível em: www.e-publica.pt

³⁶² *Idem*

administrativos que se tenham tornado inimpugnáveis³⁶³, ela só afetará caso se trate de atos que acabem por ser desfavoráveis para os destinatários.

Está-se diante aqui de uma ponderação entre o princípio da legalidade e o princípio da tutela da confiança, na qual há uma certa inclinação na direção do segundo³⁶⁴. Apesar de discutível *“na medida em que admite a sobrevivência de efeitos ilegais e subordina a extinção destes à tutela das legítimas expectativas dos destinatários de actos administrativos fundados em regulamentos ilegais.”*³⁶⁵

Neste último caso, dos casos decididos administrativamente, quanto especificamente a declaração de ilegalidade prevista no CPTA, o alcance da eficácia *ex tunc* da declaração é obliterada. Em que pese a doutrina salientar o fomento a segurança jurídica, por exemplo, com base no art. 76º do CPTA:

“Artigo 76.º Efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral

2 - O tribunal pode, no entanto, determinar que os efeitos da decisão se produzam apenas a partir da data do trânsito em julgado da sentença quando razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excecional relevo, devidamente fundamentadas, o justifiquem.

3 - Nos processos intentados por quem tenha sido diretamente prejudicado pela vigência de norma imediatamente operativa, a aplicação do disposto no número anterior não prejudica a eliminação dos efeitos lesivos causados pela norma na esfera jurídica do autor.”

Há de ser notado, nesse ínterim, que há diferenças primordiais entre o regime da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral do CPTA e a declaração de

³⁶³ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 320.

³⁶⁴ “Excepto no caso de actos desfavoráveis, na medida em que, naturalmente, não se concebe qualquer confiança em actos desfavoráveis.” Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 283. Disponível em: www.e-publica.pt

³⁶⁵ “Refira-se que a amplitude da tutela da confiança dos particulares destinatários de casos administrativos decididos é aqui mais extensa do que sucede em sede contenciosa.” Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 283. Disponível em: www.e-publica.pt

invalidade administrativa encontrada no CPA. Embora este último tenha alterado em muitos aspectos a norma processual a partir de 2015.

No Código procedimental a manutenção dos efeitos retroativos quando haja atos desfavoráveis para os destinatários (com reflexo, nomeadamente no art. 76º nº 4 do CPTA) restringe a exceção da primeira parte, pois não engloba somente as decisões com base em normas relativas à matéria sancionatória menos favorável ao arguido. Como, por outro lado, o faz o dispositivo da Lei processual.

“Artigo 76.º Efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral

4 - A retroatividade da declaração de ilegalidade não afeta os casos julgados nem os atos administrativos que entretanto se tenham tornado inimpugnáveis, salvo decisão em contrário do tribunal, quando a norma respeite a matéria sancionatória e seja de conteúdo menos favorável ao particular.”

Assim, enquanto o CPTA subordina a exceção à eficácia retroativa da declaração de invalidade a três aspectos, quais sejam, a decisão em contrário do tribunal, a referência à matéria sancionatória, e o conteúdo menos favorável ao particular. O Código, por seu turno, de certa maneira exclui a discricionariedade do contexto. Pois os atos desfavoráveis em casos administrativos que tenha se tornado inimpugnáveis estão englobados pelos efeitos retroativos da declaração de invalidade administrativa.³⁶⁶

Em suma, o que se pode concluir do nº 4 do art. 144º do CPA é que as situações excepcionais na verdade consistem no caso julgado e nas que nas que possam efeitos favoráveis de atos inimpugnáveis e que, em verdade, sejam *“suscetíveis de haver gerado, no máximo, legítimas expectativas na esfera jurídica dos cidadãos.”*³⁶⁷

³⁶⁶ Pedro Moniz LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014, pág. 283. Disponível em: www.e-publica.pt

³⁶⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 320.

E mais, no caso dos atos que possuam duplo efeito³⁶⁸, dotados de relações com interesses opostos, por certo, a ponderação acerca da aplicabilidade dessa exceção restará menos clara.

Além disso, não se pode obliterar que quanto à produção de efeitos da declaração de ilegalidade prevista no CPTA, esta estará excepcionada ao caso de ilegalidade superveniente. Sendo assim, a retroatividade sofre limitações.

“Artigo 76.º Efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral

1 - A declaração com força obrigatória geral da ilegalidade de uma norma, nos termos previstos neste Código, produz efeitos desde a data da entrada em vigor da norma, salvo no caso de ilegalidade superveniente.”

Nesse aspecto, o nº 2 do art. 282 da CPR funciona como uma referência. Na medida em que delineia os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de uma norma a entrada em vigor da norma constitucional posterior.³⁶⁹

Motivo pelo qual, a doutrina portuguesa, já entendia há muito que os efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, no caso de ilegalidade superveniente, se reportam a entrada em vigor da lei posterior³⁷⁰. Em acordo com o que prescreve o atual art. 76º do CPTA.

Em vista dessa proximidade dos dispositivos é que, como já expomos anteriormente, a doutrina acaba por concluir que também no caso da inconstitucionalidade de normas regulamentares a regra é a nulidade. Ainda que quanto ao art. 6º do CPTA sempre tenha havido alguma divergência.³⁷¹

Aliás, quanto ao regime do CPTA nunca houve muita unanimidade sobre a sanção associada a invalidade do regulamento. Para uns havia uma nulidade em virtude da ausência de prazo de invocação ou do conhecimento oficioso dos vícios. Outros sustentavam que a ilegalidade simples das normas regulamentares se caracteriza como uma invalidade mista ou uma invalidade atípica, com base no fato de que a eficácia *ex tunc* da sentença não atinge, além dos casos julgados, os atos

³⁶⁸ Rui MACHETE, *O Regulamento Administrativo*, pág., 713.

³⁶⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 538.

³⁷⁰ *Idem*

³⁷¹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 540.

administrativos inimpugnáveis. O que, como, vimos acaba por interferir na retroatividade.

4. A Invalidade do Regulamento administrativo no direito brasileiro

4.1. A concepção pátria

Interessante observar, por sua vez, que o espaço doutrinário normalmente reservado pela doutrina brasileira para a análise da disciplina do regulamento e do decreto regulamentar, não é o tópico “Poder Regulamentar” (ao qual fica reservado breves notas no tocante à competência). Nem mesmo “Regulamentos” (normalmente inexistente na maioria dos cursos clássicos de Direito Administrativo).

São com mais frequência tratados na parte de Atos administrativos, cuja referência se dá através do tópico “Atos normativos”, juntamente com a análise dos regimentos (ou regulamentos internos), das resoluções, das deliberações e das portarias de conteúdo geral.

No Brasil, então, a parte reservada para análise dos regulamentos com efeitos externos, conforme esboçado, é inserida conjuntamente com a análise de Atos Normativos em sentido amplo. Nesta categoria, vale ratificar, encontra-se, além dos decretos regulamentares, os regimentos, as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.³⁷²

No país os atos normativos são tratados como lei em sentido material³⁷³, tendo em vista estabelecerem regras gerais e abstratas de conduta. Naturalmente, não são tratados como lei em sentido formal.

Embora equiparados a lei para fins de controle judicial, quando individualizam certas situações e impõem encargos específicos aos administrados, os atos serão considerados de efeito concreto. Isso significa que poderão ser arguidos e invalidados direta e imediatamente pela via judicial comum ou por mandado de

³⁷² Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39^o ed. São Paulo. Malheiros Editores Ltda, 2013, pág. 158.

³⁷³ Ou seja, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei.

segurança, que consiste num remédio constitucional garantia de direito líquido e certo no país.³⁷⁴

É importante, nesse contexto, discorrer alguns esclarecimentos sobre o que ocorre no direito brasileiro. E distinguir o decreto regulamentar ou “propriamente dito”³⁷⁵ do decreto legislativo.

No Brasil, em síntese, o decreto legislativo constitui ato de natureza administrativa do Poder Legislativo, nomeadamente, do Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa, Câmara Municipal, a respeito de matérias de sua respectiva competência privativa e com efeitos externos.

Assim, não foi recepcionado pela Constituição de 1988 a figura do decreto-lei. Tendo sido substituído pela medida provisória que, por sua vez, pode ser expedida pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência. Devendo ser convertida em lei no prazo de 30 dias, sob pena de perder eficácia. E podendo ainda ser renovada, como se vê no art. 62 *caput* da CRFB.

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

Quanto aos decretos autônomos ou independentes, tem-se que normalmente suprem a ausência da lei até que esta disponha a respeito, nas matérias que podem ser dispostas por ato do Executivo. Quando promulgada a respectiva lei, o decreto é considerado superado.

Como já falamos, alguns autores no Brasil, como Celso de Mello, não admitem a existência de decretos autônomos no país. Sob o entendimento de Hely Lopes Meirelles, todavia, este só não cabe para violar o conteúdo do art. 5º II, da Constituição. Ou seja, para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo não previsto em lei.

Em realidade, essa segunda visão acaba por se aproximar muito da primeira, não constituindo, a nosso ver, um ponto de vista tão divergente.

³⁷⁴ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo...*, 2013, pág. 158. Nota de rodapé 43.

³⁷⁵ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39º ed. São Paulo. Malheiros Editores Ltda, 2013, pág. 159.

Di Pietro, por sua vez, de maneira mais didática, demonstra que decreto no Brasil pode revestir atos gerais ou individuais. No caso de produzir efeitos gerais ele pode consistir em decreto regulamentar ou de execução (art. 84 IV da Constituição) e independente ou autônomo quando visa disciplinar matéria não regulamentada em lei (art. 84, VI da Constituição, o qual considera restrito).³⁷⁶

Assim o decreto geral é ato normativo, enquanto que decreto no sentido de ato administrativo é somente quando possui efeito concreto.³⁷⁷

No que importa a invalidade de atos administrativos é sabido que alguns optam por chama-la de invalidação, outros se referem ao desfazimento do ato por motivos de ilegalidade apenas por anulação.³⁷⁸

Para nós, o ideal seria tratar a invalidade dos atos administrativos somente como “invalidade” ou “invalidação” e utilizar o termo anulação somente naquele caso estrito.

Mas como não há entendimento pacífico no Brasil sobre essa designação³⁷⁹ (apesar da maioria seguir a influência do Direito Civil), optou-se por usá-los, a princípio, indiferentemente. Sempre procurando, todavia, insinuar a qual amplitude do termo estamos nos referindo.

Fato é que a invalidação ou anulação pode ser procedida no país pelo Judiciário, mediante provocação dos interessados, através das chamadas ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual ou através dos remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública.³⁸⁰ Aqui o fundamento jaz no exercício de sua função consistente em determinar o Direito aplicável ao caso concreto.³⁸¹

³⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 245.

³⁷⁷ *Idem*

³⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 248.

³⁷⁹ Da mesma forma que não há sobre “processo” e “procedimento”.

³⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 248.

³⁸¹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso...*, 2014, pág. 476.

Já a invalidação ou anulação conduzida pela própria administração³⁸² não depende de provocação do interessado³⁸³ tendo em vista um raciocínio derivado da existência de um poder-dever da Administração de zelar pela sua observância, como corolário da sua vinculação ao princípio da legalidade o do dever de restaurá-la quando violada.³⁸⁴

Razão pela qual a invalidação pela própria Administração no país é caracterizada por ser bem mais ampla do que a que se concede à Justiça Comum.

Ocorre que, como se sabe, a Administração tem também o condão de desfazer seus próprios atos através de juízo de mérito e conveniência. Ou seja, através da figura da revogação. O Judiciário, de outro modo, só poderá invalidá-los quando dotados de ilegalidade.³⁸⁵

Por isso, por muito tempo na doutrina brasileira o conceito de invalidação dos atos administrativos (em sentido amplo), era estendida para compreender além da anulação (anulação e nulidade), também a revogação.³⁸⁶

Como consequência desse emprego pouco preciso dos termos revogação, invalidação anulação etc., já houve muita confusão dos Tribunais brasileiros quanto a revogação e a anulação.³⁸⁷

Entretanto, por ser uma confusão fundamental que colocava em risco não somente a precisão do emprego das formas de invalidação dos atos administrativos, mas também as inúmeras consequências práticas derivadas desse erro crasso.

³⁸² “Vai firmando-se o entendimento de que a anulação do ato administrativo, quando afete direitos e interesses de terceiros deve ser precedida de contraditório, por força do art. 5º LV CF.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 248.

³⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 248.

³⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 476.

³⁸⁵ “Donde se dizer que a Administração controla seus próprios atos em toda plenitude, isto é, sob os aspectos da oportunidade, conveniência, justiça, conteúdo, forma, finalidade, moralidade e legalidade, enquanto o controle judiciário se restringe ao exame da legalidade, ou seja, da conformação do ato com o ordenamento jurídico a que a Administração se subordina para sua prática.” Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo...*, 2013. pág. 179.

³⁸⁶ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo...*, 2013. pág. 179.

³⁸⁷ Como se pode verificar nos seguintes acórdãos: STF, RDA 35/166, 42/230, 51/277; TFR, RDA 54/294; TJDF, RDA 54/304; TJSP, RF 96/307.

Houve a necessidade de que o STF editasse súmula no sentido de salientar a distinção entre as “invalidações”. A Súmula da qual nos referimos é a súmula 473 do STF:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

E seguindo o mesmo entendimento o STJ RT 659/171.

Pois bem. Para além desse aspecto, no Brasil a invalidade também produz efeitos retroativos (ou efeitos *ex tunc*) à data em que foi emitido o ato. Visto que a desconformidade com a lei o atinge em suas origens.³⁸⁸

Pode-se, então, a partir disso, conceituar a invalidade segundo a doutrina brasileira, como “[...] sendo a retirada retroativa, parcial ou total, de um ato administrativo, praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, por outro ato administrativo.”³⁸⁹

Ou, ainda, conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda:

*"Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico. Se, regulamentando a lei 'a', o regulamento fere a Constituição ou outra lei, é contrário à Constituição, ou à lei, e - em consequência - nulo o que editou. [...] A pretexto de regulamentar a lei 'a', não pode o regulamento, sequer, ofender o que, a propósito de lei 'b', outro regulamento estabeleceria."*³⁹⁰

A noção de invalidade, por conseguinte, é contrária ou antitética, como preferem alguns, com o Direito. Embora no Brasil naturalmente também haja repercussões mais ou menos gravosas as hipóteses de invalidade (tal como ocorre no direito português com o juízo de nulidade ou anulabilidade), é comum que a

³⁸⁸ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 248.

³⁸⁹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 362 in GASPARINI, 2005. pág. 109.

³⁹⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 363. Nota de rodapé 23.

doutrina do país frise que, contudo, não há graus de invalidade. Ou seja, não se admite uma norma mais ou menos inválida do que outra.

Enfim, é justamente essa intensidade variável de repúdio aos atos praticados em desconformidade com o direito que subdivide os atos inválidos entre nulos e anuláveis ou, ainda, irregulares ou inexistentes.

Viu-se que em Portugal não havia entendimento harmônico sobre o assunto, desnecessário dizer que no Brasil menos ainda.

Para alguns estudiosos brasileiros, todo ato ilegítimo é considerado nulo. Sob outras óticas, a diferença entre atos nulos e anuláveis devem ser procuradas no Direito Privado, com as adaptações necessárias.³⁹¹

E há, como se não bastasse, os que separam, além de nulos dos anuláveis, os atos “simplesmente irregulares” dos inexistentes.³⁹²

Então, na conceituação de Celso de MELLO:

*“Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.”*³⁹³

Mas é preciso, para o efeito da presente dissertação, tentarmos diferenciar um pouco mais o que na teoria da invalidade do ato administrativo no direito brasileiro cabe especificamente ao regulamento e não ao ato em sentido estrito.

Para isso, de grande utilidade é a análise do objeto da invalidação, que será *“ora um ato ainda ineficaz, ora uma relação jurídica e ora um ato e as relações jurídicas que produziu.”*³⁹⁴

Resultando em que a invalidação relativamente a atos ineficazes terá por objeto o próprio ato. Relativamente a atos eficazes abstratos terá por objeto o ato e

³⁹¹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 473.

³⁹² Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 474.

³⁹³ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 474.

³⁹⁴ *Idem*

seus efeitos. E relativamente a atos eficazes concretos terá por objeto apenas seus efeitos.³⁹⁵

No fim das contas, no que isso se refere aos regulamentos?

A resposta para essa pergunta está no fato de que quando falamos em ato abstrato estamos falando do regulamento e da sua característica específica de ser fonte contínua de efeitos, em contraposição ao ato concreto. Isto é:

“[...] toda vez que se renove a situação abstrata nele prevista, o ato produz novamente um fluxo de efeitos. Em suma: o ato abstrato não se resume a produzir uma dada relação jurídica. Pelo contrário, produzirá tantas relações, ou seja, tantos fluxos de efeitos, quantas vezes se repetir a situação hipotética ali prevista.”³⁹⁶

Destarte, a invalidação, nesse caso, impede que o ato permaneça gerando novas relações e suprime as já ocorridas.

4.2. Os artigos 53, 54 e 55 da Lei 9784/99 também se referem ao ato normativo?

Mas afinal, vejamos o que estabelece a Lei 9784/99 quanto a anulação do ato no processo administrativo brasileiro.

“CAPÍTULO XIV DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

³⁹⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito...*, 2014, pág. 475.

³⁹⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 475.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

*Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*³⁹⁷

Bom, em primeiro lugar, o art. 53º da Lei trata do poder de Autotutela da Administração, naturalmente também verificado no caso português.

Esta matéria, aliás, já havia sido tratada pelas Súmulas 346 e 473 do STF.

"SÚMULA 346

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."

"SÚMULA 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Cabe ao art. 54º, por sua vez, a previsão da popularmente chamada "prescrição administrativa", que em realidade trata-se de um prazo decadencial de 5 anos para que a Administração anule seus próprios atos que tenham produzido efeitos favoráveis aos destinatários de boa-fé.

É uma norma, considerada no país de garantia de direitos do administrado. Uma vez que prevê prazo para que a Administração possa exercer a autotutela dos atos administrativos, que apesar de nulos, possuam efeitos favoráveis aos primeiros.

Essa regra de decadência do direito de anular não se concretiza, no entanto, na hipótese em que a Administração, dentro do prazo legal, toma medidas no sentido de impugnar o ato. Isso porque, o início do prazo decadencial é a data da publicação do ato e quando se está em pauta efeitos patrimoniais, dentre eles os

³⁹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm

contínuos, o início do prazo consiste na data da percepção do primeiro pagamento.³⁹⁸

No Brasil, ocorre ainda, quanto aos atos em sentido stricto, o que apregoa o art. 55º da Lei. Isto é, a possibilidade de Convalidação dos atos pela própria Administração³⁹⁹ quando na decisão não se vislumbra prejuízos a terceiros tampouco lesão ao interesse público.⁴⁰⁰

A convalidação só se aplica a atos anuláveis.

Assim, propriamente quanto a diferenciação entre atos nulos e anuláveis, pode-se dizer que o desacordo nacional a esse respeito⁴⁰¹ se insere dentre um dos muitos problemas que a falta de sistematização das leis administrativas brasileiras suscita até hoje. Sobretudo quanto a validade e seus efeitos.

Mas vale destacar três posições.

Uma cunhada por Hely Lopes Meirelles ao afirmar que o vício sempre leva à nulidade do ato. Outra cunhada por Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁰² ao defender que a típica distinção entre atos nulos ou anuláveis do Direito Civil se aplica ao Direito administrativo.

E outra ainda, sustentada por Seabra Fagundes ao afirmar a existência de atos nulos, anuláveis e irregulares. E ressaltar que em seu entendimento as duas

³⁹⁸ <https://jus.com.br/artigos/409/comentarios-a-nova-lei-do-processo-administrativo-federal-lei-9784-99/2>

³⁹⁹ “A *convalidação* é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado. A Administração não pode convalidar um ato viciado *se este já foi impugnado*, administrativa ou judicialmente. A convalidação também não pode ter o efeito de expor os administrados que no passado infringiram as disposições do ato viciado a sanções decorrentes desta infringência.” Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 487.

⁴⁰⁰ Ver <https://oab.grancursosonline.com.br/doutrina-oab-uma-resenha-sobre-lei-9-78499/>

⁴⁰¹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 490.

⁴⁰² “De acordo com este último autor, as espécies mencionadas se contrapõem em que: a) os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo retroativamente; b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados sob provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou *ex officio* pelo juiz, ao passo que os anuláveis dependem desta arguição pelos interessados para serem fulmináveis; c) os atos nulos só prescrevem *longi temporis*, enquanto os anuláveis prescrevem *brevi temporis*.” Conforme Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014, pág. 479.

primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vício tampouco no que tange aos seus efeitos.

É pacífico, não obstante, que (inclusive para os autores supracitados), não há muita relevância jurídica na espécie atos inexistentes.

Quanto a nós concordamos que no direito administrativo brasileiro se consideram atos nulos: os atos que a lei assim os declare e os atos em que é racionalmente impossível a convalidação. Pois, se o mesmo conteúdo (ou seja, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior. Este é o caso dos regulamentos.⁴⁰³

Já anuláveis são os que a lei assim os declare e os que podem ser praticados novamente sem vício.⁴⁰⁴

Sem embargo, o próprio art. 54 da Lei federal 9.784/99 não estabelece qualquer distinção entre atos nulos e anuláveis e ainda assim impõe que o “*direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*”

Então, esse prazo previsto na lei brasileira seria aplicado aos regulamentos? Supomos que não.

Especialmente porque a anulabilidade é pautada:

“[...] na produtividade provisória e na insusceptibilidade da sua invocação após o decurso do prazo; a menor gravidade ou essencialidade da lesão da ordem jurídica implica que a respectiva verificação (judicial ou administrativa) revista carácter constitutivo, podendo ainda ser susceptível de sanação, mediante ratificação, reforma ou conversão.”⁴⁰⁵

E no caso da nulidade, por sua vez:

⁴⁰³ Ou ainda os atos de conteúdo ilícito, os praticados com desvio de poder, os praticados com falta de motivo vinculado e os praticados com falta de causa.

⁴⁰⁴ Os atos expedidos por sujeito incompetente, os editados com vício de vontade e os proferidos com defeito de formalidade são exemplos.

⁴⁰⁵ Grifo nosso. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 519.

“[...] tal improdutividade existe, independentemente de qualquer pronúncia (judicial ou administrativa) nesse sentido, sem prejuízo da sobrevivência dos designados «efeitos putativos»; em consonância com a gravidade do vício que lhe está subjacente, a nulidade é insanável por decurso do prazo ou por qualquer outro meio.”⁴⁰⁶

O que não corresponde ao que prevê a lei 9.784/99 em seu art. 55 quanto a possibilidade de convalidação dos atos. *In verbis*:

“Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

Levando a crer que as previsões constantes dos artigos 53, 54 e 55 da lei 9.784/99 não se aplicam ao regulamento administrativo.

Apesar disso, apenas partindo de uma análise quanto a legislação não resta claro o regime de invalidade de fato aplicável ao regulamento administrativo no direito brasileiro.

Assim não existe um regime próprio para os regulamentos no Brasil. Nem mesmo uma lei que delimite autonomamente os pormenores do seu regime como um todo, diferenciando-o do aplicável ao ato administrativo.

4.3. O problema da falta de um regime de Invalidade próprio aos regulamentos administrativos no Brasil

Ocorre atualmente com o direito brasileiro, de maneira correlata ao que ocorria no direito administrativo português antes do advento do CPA de 2015, a não autonomização do regime aplicável aos regulamentos administrativos.

Ou seja, verifica-se uma disciplina jurídica da invalidade do regulamento recortada de uma perspectiva contencioso-adjetiva.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ *Idem*

⁴⁰⁷ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 530.

Por outro lado, disposições quanto a competência do poder regulamentar⁴⁰⁸ são encontradas indiscriminadamente na Constituição.

Também de maneira similar ao que ocorria no contexto português⁴⁰⁹ essa ausência de um regime específico de invalidade do regulamento no Brasil encontra uma espécie de compensação no desenvolvimento dogmático da invalidade normativa no âmbito do controle da constitucionalidade⁴¹⁰.

No caso brasileiro, no entanto, as consequências dessa falta de sistematização se estendem em larga escala a toda a matéria de direito administrativo e toma proporções maiores se comparado ao que ocorria em Portugal antes do CPA de 2015.

Sobretudo porque no país não vige um Código de Procedimento Administrativo. O que há são diversas leis esparsas⁴¹¹ e uma extensa produção doutrinária que estabelecem os liames desse ramo do direito.

Assim, a interminável legislação que rege o direito administrativo brasileiro de modo fragmentado, e por vezes confuso, faz evidente a premente necessidade de uma codificação própria e consubstanciada das leis, princípios, costumes e jurisprudências de direito administrativo no ordenamento jurídico brasileiro.

Sabe-se que em Portugal o Código Administrativo de 1936⁴¹² foi um grande “divisor de águas”, visto que consistiu no diploma legal que dispôs sobre a estrutura e funcionamento das autarquias locais.

⁴⁰⁸ Inclusive hipótese de regulamento autônomo.

⁴⁰⁹ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 530.

⁴¹⁰ Os regulamentos no Brasil podem ser controlados pela via concentrada e abstrata de constitucionalidade. Desde que na modalidade de regulamentos autônomos. Os regulamentos executivos ou complementares, porém, subordinam-se apenas ao controle difuso ou concreto, posto que se trata de questão de legalidade e não de constitucionalidade.

⁴¹¹ A nível federal, alguns exemplos dessas leis são: Decreto-Lei nº 200 de 1967, que trata da Organização Administrativa; Lei nº 8.112 de 1990, que trata dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas federais. É o Regime jurídico dos servidores públicos; Lei nº 8.457 de 1992, que trata da Justiça Militar da União; Lei Complementar nº 73 de 1992, que trata da Advocacia-Geral da União (AGU); Lei nº 8.625 de 1993, a Lei Orgânica do Ministério Público; Lei nº 8.666 de 1993, que trata das licitações; Lei nº 9.897 de 1995, que trata dos serviços públicos; Lei nº 9.266 de 1996, que trata da organização da Polícia Federal; Lei nº 9.784 de 1999, que trata do processo administrativo. José dos Santos CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Gen-Atlas.

No Brasil atualmente a doutrina ainda é dividida entre os que não concordam com a codificação, os que veem mais valia numa codificação parcial e os que, de outro modo, defendem a codificação total.⁴¹³

Segundo Hely Lopes Meirelles há vantagens na codificação do Direito Administrativo Brasileiro, na medida em que:

*"[...] a reunião dos textos administrativos num só corpo de lei não só é perfeitamente exequível, a exemplo do que ocorre com os demais ramos do Direito, já codificados, como propiciará à Administração e aos administradores maior segurança e facilidade na observância e aplicação das normas administrativas."*⁴¹⁴

De qualquer modo, fato é que, conforme Raquel MONIZ, a construção jurídica da teoria da invalidade no Direito Administrativo *"é, em larga medida, tributária da teoria do ato administrativo"*⁴¹⁵. Pois é nele que se verifica uma maior consolidação de conceitos. E não na teoria do regulamento ou mesmo na teoria do contrato administrativo.

A distinção que depreendemos ao longo da dissertação entre regulamento e ato administrativo não tem só razão para fins conceituais, mas possui implicações práticas. Nomeadamente nas questões de interpretação e integração de lacunas, de vícios e formas de invalidade, e de impugnação contenciosa.⁴¹⁶

Quanto a primeira questão o regulamento é interpretado, e suas lacunas são integradas de acordo com as regras próprias da interpretação e integração das

⁴¹² A história da codificação do Direito Administrativo Português tem início com o Código Administrativo de 1836 e segue com o de 1842, 1878, 1886 e 1895. Aprovou-se a partir do decreto-lei nº 27.424/1936 e posteriormente foi alterado e republicado pelo decreto-lei nº 31.095/1940.

⁴¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39º ed. São Paulo. Malheiros Editores Ltda, 2013. in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16º ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2003.

⁴¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo...*, 17ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

⁴¹⁵ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 518.

⁴¹⁶ Diogo Freitas do AMARAL, , *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª reimpressão, Almedina, 2003 - com as devidas alterações do CPA Disponível em: <https://psicanalisarodireitoadministrativo16b.blogs.sapo.pt/o-regulamento-administrativo-20637>

normas jurídicas. Já no caso dos atos administrativos, se aplicam regras específicas de acordo com seu regime.⁴¹⁷

Quanto aos vícios e formas de invalidade aplicável ao regulamento se aplica o paradigma da legalidade. Já no ato administrativo, ainda que com muitas exceções, se aplica o modelo do negócio jurídico.⁴¹⁸

No que tange a impugnação contenciosa os termos são diferentes, tanto quanto à legitimidade, aos prazos, às regras processuais, entre outros.⁴¹⁹

Ademais, conforme Raquel MONIZ:

“O regime característico das invalidades administrativas resulta, em especial, da aplicação de critérios substanciais-teleológicos, fundamentalmente orientados em torno da essencialidade ou gravidade do vício e da consequente lesão da ordem jurídica e do interesse público [...]”.

Sendo assim, estando o ato administrativo pautado, em regra, pela anulabilidade e o regulamento pela nulidade, os respectivos regimes de invalidades não serão e nem poderiam ser idênticos. Em virtude de estarem orientados em torno de gravidades diversas do vício e, consequentemente em lesões de níveis distintos na ordem jurídica.

A nulidade no caso dos regulamentos envolve, com base em sua própria definição, além disso, que os interesses da tutela da legalidade e da proteção dos direitos dos particulares estejam de acordo com os interesses de continuidade da ação administrativa e da estabilidade na aplicação do direito.⁴²⁰

Já no caso da invalidade do ato administrativo, por se referir a um número determinado ou determinável de destinatários e situações, se estaria exigindo uma

⁴¹⁷ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.165.

⁴¹⁸ *Idem*

⁴¹⁹ “Para além de os regulamentos poderem ser considerados ilegais em quaisquer tribunais, ao contrário do que sucede com o ato administrativo (que, salvo nos casos de nulidade - que pode ser conhecida por qualquer autoridade -, apenas pode ser declarado nulo ou anulado pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos competentes para a anulação administrativa).” Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.165.

⁴²⁰ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Pág. 526.

sanção de invalidade que salvaguardasse a confiança desse ou desses destinatários.⁴²¹

Nesse viés, apesar de ambos consistirem em comandos jurídicos unilaterais emitidos por um órgão competente no exercício de um poder público de autoridade⁴²². E possuírem, em decorrência disso, aproximações a nível processual⁴²³. A importância prática dessa distinção entre eles é ainda maior.

O que se defende, neste ponto, por conseguinte, é a atribuição de um papel de destaque ao regulamento administrativo no ordenamento jurídico brasileiro.

Conjuntamente com uma disciplina procedimental que autonomize seu respectivo regime do regime aplicável ao ato administrativo. Idealmente numa Codificação que venha para consagrar direitos e garantias dos cidadãos e atenuar as confusões provocadas pelas inúmeras leis administrativas vigentes no país.

Ademais, se sustenta que no que tange ao procedimento regulamentar, deverá ser consagrada e esclarecida a tônica conferida a disciplina dos regulamentos independentes. Porquanto passível de afetar “*posições jurídicas substantivas dos cidadãos*”⁴²⁴.

E, sobretudo, deve-se ter em conta que a consagração de um procedimento regulamentar não se resume as delineações quanto a emissão do regulamento e sua tramitação.⁴²⁵ Mas da mesma forma abarca as delimitações quanto ao exercício do poder regulamentar bem como a disciplina da revogação, da modificação e da invalidade dos regulamentos.

⁴²¹ “A nulidade apareceu ainda alicerçada em razões de ordem contenciosa, atenta a necessidade de defesa dos cidadãos contra as normas que os afectassem, protecção que poderia ser posta em causa se se propugnasse a adopção de uma consequência diversa para a invalidade normativa.” Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A Recusa de Aplicação...*, janeiro 2011. Págs. 526-527.

⁴²² Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.163.

⁴²³ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os...* Coimbra, 2016, pág. 48.

⁴²⁴ A exemplo dos planos urbanísticos em Portugal. Ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os...* Coimbra, 2016, pág. 20.

⁴²⁵ Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os...* Coimbra, 2016, pág. 24.

Com a respectivas determinações quanto aos seus efeitos, prazos e especificidades.⁴²⁶

5. Breves comentários à impugnação da invalidade dos regulamentos no Contencioso Administrativo Português

Senão vejamos o que determina o CPA a respeito da impugnação dos regulamentos administrativos.

“Artigo 147.º Reclamações e recursos administrativos

1 — Os interessados têm direito a solicitar a modificação, suspensão, revogação ou declaração de invalidade de regulamentos administrativos diretamente lesivos dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, assim como a reagir contra a omissão ilegal de regulamentos administrativos.

2 — Os direitos reconhecidos no número anterior podem ser exercidos, consoante os casos, mediante reclamação para o autor do regulamento ou recurso para o órgão com competência para o efeito, caso exista.

3 — À impugnação administrativa de regulamentos é aplicável o disposto nos artigos 189.º e 190.º para a impugnação facultativa de atos administrativos.”

É praticamente unânime no meio jurídico português que a consagração da impugnação da invalidade dos regulamentos no CPA através do dispositivo supra, constituiu previsão louvável. Verdadeira garantia de direitos dos interessados através da possibilidade de petição, reclamação endereçado ao autor do regulamento e recurso administrativo para órgão competente para a respectiva modificação, suspensão, revogação ou declaração de invalidade.

⁴²⁶ Conforme Ana Raquel Gonçalves MONIZ, se considera também a possibilidade da imposição do estabelecimento concomitante de nova regulamentação. Não somente nos casos de revogação dos regulamentos de execução, mas em todas as hipóteses em que se verifique o dever de regulamentar. Evitando, assim, que a Administração incorra em omissão. Ver Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, 2ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2016, pág. 25.

CONCLUSÃO

O regulamento administrativo tanto no direito brasileiro como no português por ser fonte de direito e forma de atuação administrativa percorre os liames do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

O regulamento, afinal, é uma norma jurídica, de execução permanente, voltada a destinatários indeterminados e a situações indeterminadas enquanto regra de conduta social para a prossecução de fins coletivos.

O que de fato distingue lei de regulamento está pautado no plano formal e orgânico e a posição hierárquica dos órgãos do qual emanam a lei e o regulamento pois não há como se delimitar um contorno técnico-jurídico linear e absoluto.

Por vezes o direito administrativo português caracteriza-se pela especificidade mais enunciada e um rol maior de princípios em relação ao direito administrativo brasileiro. Os intuitos e propósitos da atuação administrativa através de regulamentos tendem a ser os mesmos.

No Brasil ainda impera um entendimento mais conservador no sentido de que o poder regulamentar conferido ao Executivo para regulamentar deve visar tão-somente regras atinentes à organização e ação do Estado.

Reflexo disso é o fato de que no Brasil, ao contrário do que ocorre no direito português, a Constituição não concede ao Chefe do Executivo o pleno poder de dispor a respeito de organização e funcionamento da Administração Federal através de decreto regulamentar. Pois, não se pode extinguir órgãos tampouco interferir em aumento de despesa através de decreto.

Em Portugal a competência regulamentar pertence ao Governo, Às Regiões Autônomas, às Autarquias Locais, À Assembleia Legislativa, Ao Governo Regional,

aos Institutos Públicos, as Associações Públicas e as entidades administrativas independentes.

Por outro lado, a competência regulamentar na Constituição brasileira é privativa do Presidente da República.

A previsão de regulamento executivo no direito brasileiro está no art. 84 IV da Constituição. Já a previsão de regulamento autônomo no art. 84 VI alínea a) CRFB.

A alínea b) do art. 84 CRFB apenas se refere a atos de efeitos concretos. E o parágrafo único deste mesmo artigo, apesar de obscuro, não confere, de modo algum, competência regulamentar ao Advogado-Geral da União e ao Procurador Geral da República para intervir na Administração Federal.

No Brasil frustrar a execução de uma lei no Brasil é descumpri-la por omissão. Conforme art. 5º LXXI CRFB e art. 85, VII, CRFB. E há prazo para que seja expedido o ato de regulamentação.

O mesmo acontece em Portugal, pois o art. 137º do CPA prevê prazo expresse de 90 dias para a regulamentação da lei.

A previsão do artigo 137º do CPA constitui ao mesmo tempo um complemento e uma alternativa a declaração de ilegalidade por omissão já disposta no art. 77 do CPTA.

Em Portugal os regulamentos independentes do governo se revestem necessariamente pela forma de decreto regulamentar. Adquirem forma de decreto regulamentar também os regionais de maior relevância, os regulamentos das autarquias. Há outros que não adquirem forma solene ou específica.

Já no Brasil os regulamentos são atos normativos e como um todo são colocados em vigência por decreto.

Apesar do CPA só haver consagrado os regulamentos com efeitos jurídicos externos. Este possui efeitos jurídicos externos e internos.

Possui efeitos externos os regulamentos aplicados a qualquer relação intersubjetiva. E internos os regulamentos restringidos ao estabelecimento de

diretrizes acerca da organização ou funcionamento dentro de uma pessoa coletiva ou órgão, e não relativamente a qualquer relação entre eles.

A relevância dos regulamentos internos em Portugal está na existência dos regulamentos operacionais e no fato de constituem uma espécie de exceção ao fundamento legal dos regulamentos, visto que sua emanção não exige previsão legal.

Em Portugal pode-se verificar a admissibilidade constitucional apenas do regulamento executivo, do regulamento autorizado, e do regulamento independente ou autônomo, conforme art. 112 nº 5 CRP.

E é relativamente consensual que o regulamento complementar comporta elementos inovatórios em relação as normas legais regulamentadas.

Concluimos, apesar disso, que estes são e devem ser admitidos no direito português desde que expressamente autorizados por lei, quando se limitem a adaptar o quadro legal a situações especiais fora da zona de reserva de lei formal e sejam regulamentos produzidos a partir de uma autonomia normativa legalmente reconhecida.

O regulamento delegado, segundo a designação portuguesa, não é admitido em Portugal. Mas o autorizado é, com base no art. 112 nº 5 CRP.

Já no Brasil não há regulamentos autorizados tampouco delegados.

Aliás, neste país, por sua vez, também verificamos a presença do regulamento executivo, com competência exarada no art. 84 IV CRFB.

A respeito dos regulamentos complementares não restou esclarecido se no Brasil são sinônimo de regulamentos executivos ou se, de outro modo, não são admitidos. Por certo, boa parte da doutrina se refere a esses tipos regulamentares indistintamente.

A nosso ver, apesar do art. 84 IV CRFB ser defendido por muitos no sentido de constituir mero instrumento de adaptação e ordenação do aparelho administrativo com fim na estrita e fiel execução da lei, enxergamos, por outro lado, que o artigo abrange também a complementação da lei naquilo que lhe for essencial à boa execução.

Mesmo que compreendamos que tais posicionamentos mais conservadores se justifiquem em razões pragmáticas. Tendo em vista o país estar envolto num contexto muito tendente a intemperanças estatais, instabilidade política, e consequente desconfiança na função Administrativa Publica.

Quanto a presença do regulamento autônomo no Brasil reverberamos que o art. 84 VI deve sim ser considerado regulamento autônomo embora possua tónicas delimitadas se comparado ao regulamento autônomo europeu.

Em termos ideais o regulamento autônomo ou independente deve promover a dinamização da ordem jurídica e também inovar. Pois inovar não implica em ir contra a lei. Estarão sempre nos limites da Constituição, das leis, e no caso português, dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior.

Ao regulamento independente não cumpre apenas a simples complementação de lei anterior, mas também designar de maneira autônoma a disciplina jurídica que há de pautar a realização das atribuições específicas de certas entidades. Como corolário da confiança que a lei deposita na capacidade de autodeterminação e conhecimento específico dessas no que tange aos casos que lhes incumbe.

E ainda porque a existência de reserva não proíbe a intervenção normativa da Administração, numa relativa articulação de poderes.

Consideramos, no entanto, que não se deve estender os poderes da Administração para abarcar a emissão de regulamentos executivos com habilitação legal implícita, posto que a emissão de regulamentos não consiste em um poder implícito da Administração e tem como fundamento o princípio da legalidade.

A deslegalização constitui na verdade condição de validade do regulamento. E não desestrutura a hierarquia das fontes. Pelo contrário. Uma vez que seu fundamento está calcado no âmbito do poder conformador do legislador.

No Brasil se têm admitido a deslegalização na esfera das agências reguladoras. Na própria CRFB é possível encontrar casos de deslegalização.

A nosso ver a deslegalização não implica a delegação de competência, pois não significa a transferência de poderes legislativos. Apenas consiste em uma

política legislativa na qual o legislador transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

Em Portugal a deslegalização encontra limites nas matérias de reservas legais. E em ambos os países o ato normativo emitido deverá estar dentro dos limites da lei, não podendo contrariá-la, tampouco revogá-la. Podendo ser revogado por ela.

Acerca das disposições de procedimento administrativo, as premissas brasileiras são substancialmente mais genéricas que as do Código português.

Os regulamentos portugueses somam a particularidade de terem como parâmetro de validade normas comunitárias e internacionais com aplicabilidade direta. Sendo que a prevalência aplicativa não determina a invalidade das normas nacionais quando contrariem o disposto em normas comunitárias.

Consideramos também que antes se trata de uma questão de eficácia, e não de invalidade.

A prevalência e relações entre regulamentos devem ser avaliadas de acordo com cada situação. E em função das normas de competência interpretadas a partir do sistema constitucional.

O desvalor, no caso da invalidade dos regulamentos em Portugal corresponde a nulidade, conforme art. 162.º do CPA.

São inválidos em Portugal os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia.

A invalidade do regulamento em Portugal poderá ser declarada ou por qualquer interessado ou pelos órgãos administrativos competentes. Em consonância com o art. 144º do CPA está o art. 74º do CPTA quanto a faculdade de que também a declaração de ilegalidade seja pedida a todo tempo.

Há ainda a regra geral de um prazo de seis meses, a contar da data da sua publicação, para que seja procedida a impugnação do regulamento ou a declaração de invalidade oficiosa pela Administração. Sendo que o regulamento deve reverberar uma ilegalidade formal ou procedimental.

Esse prazo não vale para a inconstitucionalidade formal ou procedimental do regulamento.

O nº 3 do art. 144º do CPA traz o efeito retroativo da declaração administrativa de invalidade.

Na medida em que o regulamento inválido é um diploma de suma importância para a execução de uma norma, a repristinação se mostra coerente. Sobretudo porque caso a declaração de invalidade não viesse com a emanção de um novo regulamento poderia levar a uma omissão legal.

A retroatividade da declaração de invalidade não interfere nos casos julgados e nos administrativos que se tenham tornado inimpugnáveis. Ela só afetará este último caso se trate de atos desfavoráveis para os destinatários.

No Brasil o regime de invalidade do regulamento não é autonomizado nem positivado.

O regulamento é tratado conjuntamente com a disciplina dos regimentos, as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral. E por vezes equiparado ao ato em sentido estrito.

A denominação quanto a anulação, invalidade, invalidação, revogação, é comumente confundida entre os juristas brasileiros.

Em geral a invalidade é caracterizada como sendo a retirada retroativa, parcial ou total, de um ato administrativo, praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, por outro ato administrativo.

A invalidação pela própria Administração no país é mais ampla do que a que se concede à Justiça Comum. E a invalidade do ato produz efeitos retroativos à data em que foi emitido.

Quanto especificamente ao ato normativo, e, portanto, ao regulamento, seus efeitos são contínuos.

No Brasil a invalidade dos atos administrativos está pautada na Lei de Processo administrativo. Cabe ao art. 54º prever um prazo decadencial de 5 anos para que a Administração anule seus próprios atos que tenham produzido efeitos

favoráveis aos destinatários de boa-fé. A lei prevê a convalidação de atos. Que só se aplica a atos anuláveis.

O próprio art. 54 da Lei federal 9.784/99 não estabelece distinção entre atos nulos e anuláveis. Consideramos que os prazos lá dispostos e suas previsões aparentemente não se aplicam aos regulamentos. Pelo desvalor da invalidade dos regulamentos no caso brasileiro também ser a nulidade. E pela análise que se sucedeu quanto aos seus efeitos jurídicos.

Em suma, anulabilidade está pautada pela insusceptibilidade da sua invocação após o decurso do prazo e pela possibilidade de sanção. O que no caso da nulidade não pode ocorrer. A invalidade dos atos normativos não é sanável por decurso do prazo ou por qualquer outro meio.

Isso não corresponde ao que prevê a lei 9.784/99 com a possibilidade de convalidação dos atos. O que faz concluir que as previsões constantes dos artigos 53, 54 e 55 da lei 9.784/99 não se aplicam ao regulamento administrativo.

Não resta claro o regime de invalidade de fato aplicável ao regulamento administrativo no direito brasileiro. No país não há nem mesmo um Código de Procedimento Administrativo. Apenas diversas leis esparsas.

A distinção entre os regimes do regulamento e do ato administrativo é premente porquanto possui reverberações nas questões de interpretação e integração de lacunas e de vícios e formas de invalidade. E estando o ato administrativo, em regra, pautado pela anulabilidade. E o regulamento pela nulidade, os respectivos regimes de invalidades não podem ser os mesmos.

A nulidade nos regulamentos importa que os interesses da tutela da legalidade e da proteção dos direitos dos particulares estejam de acordo com os interesses de continuidade da ação administrativa e da estabilidade na aplicação do direito.

Faz necessário uma posição de mais destaque ao regulamento administrativo no ordenamento jurídico brasileiro. E uma disciplina procedimental autônoma do respectivo regime de invalidade aplicável. Ademais, deve ser consagrada e esclarecida a tônica conferida a disciplina dos regulamentos independentes por poder afetar direitos substantivos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Crise da Lei e seus Reflexos no Direito Administrativo: a Legalidade Questionada, UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 12, n. 2, pág. 17-21, Setembro 2011, Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Universidade Estadual de Londrina (UEL).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O ordenamento jurídico administrativo português*, in Contencioso Administrativo, Braga.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, «O Ordenamento Jurídico Administrativo Português», in: Contencioso Administrativo (Breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga), Livraria Cruz, Braga, 1986.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito*, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 37, n. 148, outubro/dezembro, 2000. Disponível em: www.senado.org.br/web/cegraf

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros editores. 2009.

CANOTILHO, Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., vols. I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 e 2010, respectivamente.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, vols. I e II, 10.^a ed. (7.^a reimp.), Almedina, Coimbra, 2001

CALVÃO, Filipa Urbano. «Revogação dos Actos Administrativos no Contexto da Reforma do Código do Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005.

CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., 2003.

CANOTILHO, Gomes / MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., 1993, anotações XVIII a XXIX ao (então) artigo 115.º.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo brasileiro*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. 2., 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 7 volumes.

DUARTE JR., Ricardo. A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras.

FREITAS DO AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág.172 in Jorge MIRANDA, *Manual...*, V.

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2002.
GONÇALVES, Pedro. «Direito Administrativo da Regulação», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

GONÇALVES Pedro. *Funções e Valores do Direito Administrativo*, pág. 451.
Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~pgon/PDF/FuncoesValoresDA.pdf>

GONÇALVES, Pedro. «Entidades Privadas com Poderes Administrativos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006.

GONÇALVES, Pedro. «Regulação Administrativa e Contrato», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

LOPES, Pedro Moniz. *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: Algumas considerações estruturantes*, VOL. 1 Nº 1, Janeiro 2014. Disponível em: www.e-publica.pt

LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Coimbra, 2011.

LOURENÇO, Maria João. *Deslegalização e poder regulamentar das entidades reguladoras independentes*. Julgar Online, junho de 2018. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55058/1/ARTIGO-JULGAR-Poder-regulamentar-das-autoridades-administrativas-independentes-M-J-Louren%C3%A7o.pdf>

MACHETE, Rui Chancerelle de. *O Regulamento Administrativo*, Intervenção no quadro da discussão pública sobre o Projecto do Novo Código De Procedimento Administrativo (NCPA), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Junho 2013 in *Liber Amicorum* Fausto de QUADROS, Coordenadores Marcelo Rebelo de SOUZA e Eduardo Vera-Cruz PINTO, Almedina, Coimbra, Agosto 2016.

MARTINHO Miguel. *A afectação de direitos, liberdades e garantias por regulamentos administrativos*, em relatório, Mestrado, Faculdade de Direito, Lisboa, 2008.

MARTINS, Ana Gouveia. *A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos*. in ESTORNINHO, Maria João, MARTINS, Ana Gouveia. (coordenação). *A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS*. Atas da Conferência, Edição Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Centro de Investigação de Direito Público, Dezembro de 2016.

MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo*. Kindle Direct Publishing, 2018.

MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

MATOS, André Salgado de. *Algumas Observações Críticas Acerca dos Actuais Quadros Legais e Doutriniais da Invalidade do Acto Administrativo*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39º ed. São Paulo. Malheiros Editores Ltda, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso De Direito Administrativo* - 33ª Ed. - 2018.

MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010.

MELLO. Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Dialética, 2001.

MENDONÇA, *Agências Reguladoras: A Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961

MONIZ, Ana Raquel. A Aprovação de um Regulamento é um Acto Administrativo?, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 85, janeiro/fevereiro 2011.

MONIZ, Ana Raquel. *Aproximações a um Conceito de “Norma Devida” Para Efeitos do Artigo 77.º do CPTA*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 87, maio/junho 2011.

MONIZ, Ana Raquel. *A Discrecionalidade Administrativa: Reflexões a Partir da Pluridimensionalidade da Função Administrativa*, in: *O Direito*, III, ano 144.º, 2012, pp. 632-636, 641-644.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa e Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*, (Contributo para a Teoria dos Regulamentos), Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, janeiro 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português* (Algumas Questões), in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXX, 2004.

MONIZ, Ana Raquel. Cavaleiros e Hierarquia: O Artigo 158.º da Lei do Orçamento de Estado para 2009, in: *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 2, julho 2009, pp. 1 e ss. (http://www.fd.uc.pt/cedipre/revista/revista_2.pdf).

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves «O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXII, 2006.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves «O Direito de Impugnação Judicial de Actos Administrativos na Constituição de 1976 e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho 2005.

MONIZ, Ana Raquel. *Os Princípios Normativos São Parâmetro de Vinculação dos Regulamentos?*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Março/Abril 2010.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Regulamentos e Autovinculação Administrativa – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de*

3.11.2005, P. 239/05», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 59, Setembro/Outubro 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no Código de*

Procedimento Administrativo. “A impugnação no contencioso administrativo português, in “Temas e Problemas de Processo Administrativo”, Curso Proferido no ICJP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Coord. Vasco Pereira da SILVA-ICJP e-book, Lisboa, 2010.

Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/fich-pdf/cpa/Carlos_Morais.pdf

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Poder Regulamentar*. Disponível no seguinte link:

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-8720-2.

OLIVEIRA Rafael Carvalho Rezende de. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.

OTERO, Paulo. «O Princípio da Legalidade», in: *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 77.

PINHEIRO, Alexandre S. *Problemas de Constitucionalidade nas normas de Prevalência entre Regulamentos do Governo no Código de Procedimento Administrativo de 2015*. Coimbra Editora, JULGAR - N.º 26 – 2015. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/05/JULGAR-26-07-Alexandre-S-Pinheiro-Regulamentos-do-Governo-preval%C3%Aancia.pdf>

QUEIRÓ, Afonso. *A Função Administrativa*, in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000.

QUEIRÓ, Afonso. *Teoria dos Regulamentos*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXVII (1ª série), pág. 1 e ss., e ano 1.º, 2ª série.

SANTOS, Roberto Mizuki Dias dos. *Deslegalização e a Função Reguladora da Administração Pública*. Pág. 143. In Diogo Moreira NETO, 2003.

SOUZA, Julia Mezzomo de. *A Crise da Legalidade Administrativa e a Aplicação do Princípio da Juridicidade* a casos de Concessão de gratificações de desempenho a servidores públicos federais, Brasília, 2015.

SPAGOLLA, Vânia, MORETE, Vivian. *A Crise da Lei e seus Reflexos no Direito Administrativo: a Legalidade Questionada*.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei*, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984..

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Nulidade e Anulabilidade do Acto Administrativo – Acórdão do STA de 30.5.2001, P. 22251*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O ordenamento jurídico administrativo português, in *Contencioso Administrativo*, Braga, p. 58-68;

Legislação

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Código de Procedimento Administrativo. DL n.º 4/2015, de 07 de Janeiro. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&artigo_id=&tabela=leis&ficha=101&pagina=&nversao=&so_miolo=

Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/codigo-de->

[processo-nos-tribunais-administrativos](#)

Lei nº 9.784 , de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/92, in Diário da República, I Série-A, de 20-02-92;

ADI 2857-0 e ADI 3254-2

ADI 3254-2, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2-12-05

ADI 3232-1/TO, rel. Min. César Peluso, DJE 3-10-08

ADI 3254-2, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2-12-05 e ADI 3232-1, ADI 3232-1/TO, rel. Min. César Peluso, DJE 3-10-08.

RMS 25.367, rel. min. Ayres Britto, j. 4-10-2005, 1ªT, DJ de 21-10-2005. = RMS 24.619, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2011, 2ªT, DJ E de 22-11-2011.

RE 633.009 Ag R, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-9-2011, 2ªT, DJ E de 27-9-2011. = RE 608.848 Ag R, rel. min. Teori Zavascki, j. 17-12-2013, 2ªT, DJE de 11-2-2014.